

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO DO RIO DE JANEIRO

RAFAEL VÉRAS DE FREITAS

EXPROPRIAÇÕES NORMATIVAS

Rio de Janeiro

2015

RAFAEL VÉRAS DE FREITAS

EXPROPRIAÇÕES NORMATIVAS

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do título de Mestre ao Programa de Pós-Graduação *strictu sensu* em Direito da Regulação da Fundação Getulio Vargas.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Guerra.

Rio de Janeiro

2015


RAFAEL VÉRAS DE FREITAS

EXPROPRIAÇÕES NORMATIVAS.

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito da Regulação da Escola
Direito Rio para obtenção do grau de Mestre em Direito da Regulação.

Data da defesa: 28/01/2016

ASSINATURA DOS MEMBROS DA BANCA EXAMINADORA



Sérgio Antônio Silva Guerra
Orientador (a)



Floriano de Azevedo Marques Neto



Egon Bockmann Moreira

Freitas, Rafael Vêras de
Expropriações normativas / Rafael Vêras de Freitas. – 2015.
215 f.

Dissertação (mestrado) - Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas.
Orientador: Sérgio Guerra.
Inclui bibliografia.

1. Direito administrativo. 2. Agências reguladoras de atividades privadas. 3. Desapropriação.
4. Devido processo legal. 5. Responsabilidade (Direito). 6. Atos ilícitos. I. Guerra, Sérgio Antônio
Silva. II. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas. III. Título.

CDD – 341.3

DEDICATÓRIA

Ao professor Marcos Juruena (in memoriam), por ter me servido de exemplo. Exemplo de professor, de profissional e, principalmente, de ser humano. Por ter me oportunizado chegar até aqui. Por ter me apresentado o Direito Administrativo. Por sempre ter ficado feliz com os meus progressos. Por ter apontado os meus erros. Por tudo. Saudades suas, amigo.

AGRADECIMENTOS

Este trabalho retrata, de forma estática, umas das principais paixões da minha vida – se não a maior: estudar Direito Administrativo. Ele traz em si um pouco da minha carreira, os anos que venho me esforçando para apreender um pouco mais deste fascinante ramo do direito, as minhas horas em sala de aula (como aluno e como professor), razão pela qual os agradecimentos doravante apresentados vão para aquelas pessoas que, de alguma forma, contribuíram não só para a conclusão deste trabalho, mas para que eu pudesse chegar até aqui. Claro que aos agradecidos não se pode atribuir a responsabilidade por quaisquer erros ou imprecisões deste estudo, os quais se devem, exclusivamente, a mim. Nada obstante a minha exclusiva responsabilidade pelo resultado deste trabalho, não posso me furtar em agradecer àqueles que colaboram, diretamente, com o meu projeto de vida.

Ao professor Marcos Juruena Villela Souto (*in memoriam*), meu saudoso amigo, por ter acreditado em mim. Agradeço ao Marcos pelos primeiros ensinamentos de Direito Administrativo, pela oportunidade profissional de ter sido seu estagiário na Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro e pela minha primeira experiência na advocacia, como sócio do escritório Juruena & Associados. Mas o meu amigo fez muito mais por mim. Ele me abriu as portas do meio acadêmico, mesmo sem eu ter ainda publicado um artigo sequer, com uma generosidade que é cada vez mais rara entre os professores. Por ter me servido de exemplo. Por ter me motivado a prosseguir, quando, com o mal humor que lhe era peculiar, dizia: “vai ficar de molezinha, Samurinha!”. Enfim, a você, amigo, dedico esta dissertação.

Aos queridos professores Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Flávio Amaral Garcia, por toda a amizade, por todo o apoio, por terem confiado em mim para desenvolver tarefas para quais certamente eu ainda não estava pronto, pelas inúmeras oportunidades que deram à minha carreira. Aos amigos do escritório Juruena & Associados, Paulo César Melo da Cunha, Aline Paola Braga Câmara de Almeida, Henrique Bastos Rocha e Eliane Nascimento Pinheiro, que, contribuíram, diretamente, para os progressos das minhas atividades profissionais e acadêmicas.

Ao meu amigo e sócio no LL Advogados, Leonardo Coelho, exemplo de pesquisador, de profissional e de brilhantismo, que, com enorme paciência, vem me aturando, desde o início da minha carreira, como se fosse um irmão mais velho, embora

ele seja mais novo... Haja paciência, né, Léo? Aos meus também sócios e queridos amigos, Luiz Eduardo Lessa Silva e Rodrigo Ponce Bueno, certamente duas das pessoas mais maravilhosas que já conheci, parceiros de caminhada que, a cada dia, me fazem crer que advogar vale a pena. E a todos eles o meu mais profundo agradecimento por terem compreendido o meu afastamento dos afazeres do escritório, durante a elaboração deste trabalho, o que demonstra que não tenho só sócios, mas amigos para toda a vida. Bem sei as coisas que deixei de fazer nesse período. O que poderia ter gerado uma crise societária, só aumentou os nossos laços de amizade. E esse privilégio que tenho na advocacia não limita a qualidade dos meus sócios, pois tenho a sorte de contar com o time de primeira no LL, advogados, estagiários, administrativo. Enfim, a todos, o meu muito obrigado.

Aos professores integrantes da minha banca examinadora de mestrado, cabe um agradecimento especial a cada qual.

Ao meu orientador, Professor Sérgio Guerra, vai um agradecimento que transborda os limites da sua indispensável orientação deste trabalho. Agradeço ao Sérgio por ter oportunizado que eu iniciasse a minha carreira acadêmica, na Fundação Getúlio Vargas, por ter acreditado em mim, por ter aceitado o fardo de me orientar (mesmo diante de tantos outros alunos que concorreram para a sua orientação), por ter me aberto portas que só um verdadeiro mentor abriria, por ter me alertado que não seria nada fácil... Sem a sua orientação irrepreensível, certamente, este trabalho não seria possível.

Ao professor Egon Bockmann Moreira, por ter me dado a honra de aceitar o convite para integrar a minha banca examinadora, na qualidade de professor externo. Além de ter contribuído com indicações bibliográficas para o desenvolvimento deste trabalho, fez valiosas observações na sua qualificação, que mudaram os seus rumos e aclararam a minha pesquisa. Mas não só. Devo ao professor Egon a publicação do meu primeiro artigo acadêmico, nos idos de 2007, na valorosa RDPE, pelo que lhe serei eternamente grato. Sua amizade e suas orientações me ajudam a prosseguir.

Ao professor Floriano de Azevedo Marques Neto, exemplo de administrativa de conhecimento único, muitas vezes assustador para quem está no começo da carreira... Por ter tido a generosidade de compartilhar o seu conhecimento comigo, durante um ano no programa de mestrado, por ter aturado as minhas constantes interrupções à sua aula e os meus constantes pedidos de bibliografia – principalmente, ao término delas –, por ter me passado ensinamentos que mudaram a minha vida – presencialmente e à distância –,

por ter se disposto a avaliar o meu trabalho, com a dedicação de como se fosse a sua primeira banca.

A todo o corpo docente do Mestrado em Direito da Regulação da FGV, com quem tive a oportunidade de aprender novos, desafiadores e úteis conhecimentos. Tenho certeza de que esse inovador programa de mestrado ainda vai dar boas contribuições na formação de pesquisadores no campo do fascinante “Direito Regulatório”.

Não poderia deixar de agradecer a alguns professores que, mesmo não tendo integrado a minha banca de mestrado – que só comporta a presença de três examinadores, como sabemos – sempre contribuíram, sem qualquer motivo presente, para o desenvolvimento da minha carreira. Refiro-me, aqui, aos professores Carlos Ari Sundfeld, Rafael Carvalho Rezende Oliveira, Juarez Freitas, Paulo Modesto e José dos Santos Carvalho Filho. A todos, o meu muito obrigado.

À Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro, minha casa. Instituição em que me pós-graduei, comecei a minha carreira como pesquisador, depois como assistente de ensino, professor e agora estou como coordenador, nas pessoas do professor Sérgio Guerra, dos coordenadores Paulo César Melo da Cunha, Rafael Almeida, Rodrigo Vianna, Fernanda Aquilão, Margareth Menezes, Débora Nascimento e das Assistentes Thais Gouveia e Thaís Mesquita, a esta última agradeço, também, pela impecável revisão ortográfica deste trabalho e pela sua adequação às normas da ABNT.

Aos meus brilhantes (e posso dizer) amigos discentes do Mestrado em Direito da Regulação, nas pessoas de Maira Aires, Julia de Lamare, Viviane Kloss, Chico Mussnich, Gustavo da Rocha Schmidt, Gabriel Gozendey, Álvaro Jorge, Leonardo Gomes Ribeiro Gonçalves, Ricardo Dutra Nunes, Romilson de Almeida Volotão e aos demais integrantes da turma “oblato”, por terem me proporcionado um convívio muito prazeroso ao longo dos dois últimos anos. Aprendi muito com vocês.

Igualmente sou grato aos pesquisadores que se juntaram a mim na pesquisa do tema das “expropriações normativas”. À Roberta Rodrigues, Renan Barbosa, Fernanda Morgan, Gabriela Schiavo, fica o meu agradecimento pelas indispensáveis pesquisas por vocês realizadas. As suas contribuições foram fundamentais para o resultado final deste trabalho. A todos, minha profunda gratidão. Dentro deste grupo, faço um agradecimento especial a Daniel Silva Pereira, pesquisador talentoso e de dedicação impressionante, que vem se mostrando um parceiro acadêmico e tanto. Além de ter contribuído com as pesquisas deste trabalho, pude com ele dividir outros projetos acadêmicos, bem como deixar parte significativa dos meus afazeres do escritório em

suas competentes mãos. Sua disposição em ajudar vai muito além do meu merecimento. Por tudo isso, te agradeço, amigo.

Aos meus queridos alunos nas Pós-graduações da Fundação Getulio Vargas – FGV, da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ, da Universidade Candido Mendes – UCAM e do Curso Fórum, por terem proporcionado as minhas maiores realizações acadêmicas.

Mas nem tudo são flores. Se, por um lado, a dedicação ao Direito Administrativo me proporciona grandes realizações pessoais, por outro, me afasta de pessoas muito importantes na minha vida. Durante a elaboração deste trabalho, esse vácuo emocional se mostrou ainda mais evidente. Aí vão os agradecimentos às pessoas que mais vibram com as minhas conquistas profissionais, mas que são as mais afetadas pela minha constante ausência.

À minha esposa Christiane, amor da minha vida, a gratidão por ter me ensinado, ainda quando éramos estagiários no saudoso “Gabinete de Elite da PGE”, o que é o amor verdadeiro. Por abrir mão das suas prioridades – sobretudo, as viagens –, em razão da minha atribulada vida profissional/acadêmica, por entender o quanto o Direito Administrativo é importante para mim, por, mesmo a contra gosto, aceitar a minha paixão desenfreada pelo Botafogo de Futebol e Regatas. O desenvolvimento da minha carreira coincide com os 09 anos que estamos juntos. E não é uma coincidência. Sem você, nada teria sido possível.

À minha mãe, Gerlane, a pessoa mais importante da minha vida, mulher batalhadora e destemida, que, sozinha, desempenhou a difícil tarefa de me criar. E como foi difícil, né, mãe? Tinha de lavar, passar, cozinhar, trabalhar e ainda arrumar um tempo para me educar. É por tudo isso que só tenho a lhe agradecer. Por mais que eu me esforce, nada será suficiente para lhe retribuir tanto amor. Portanto, a partir de agora, só me resta lhe mimar muito e lhe dar todo amor que eu conseguir.

Aos meus tios Nilton e Glauce, meus segundos pais, por terem me dado tanto amor quanto deram à sua filha, por terem me dado exemplos positivos, carinho e apoio nos momentos mais difíceis; enfim, por terem sido a família mais maravilhosa que eu poderia ter tido. À minha irmã, Hannah Caldeira, CDF empedernida, melhor engenheira elétrica deste planeta, que só me enche de orgulho. Obrigado por ser tão especial e amiga. Tenho certeza de que você será um dos expoentes do ONS nos próximos anos, e que ainda contribuirá muito para a sustentabilidade energética brasileira. Te amo!

Aos meus avós, Norton (*in memorian*) e Nize (*in memorian*), pelo carinho que me deram na infância. Aos meus tios Rogério, Nize Helena, Ricardo e Patrícia, pelo amor incondicional. À minha sogra Helena e família, pelo apoio em todas as situações. Aos meus filhos de quatro patas, Chanel e Valentino (nomes que não foram por mim escolhidos, que fique claro), que me dão um carinho sincero, alegrando muito a minha vida.

Aos meus queridos amigos João Paulo, Bruno Meireles (Pela), Bruno (Becão), Daniane (Japa), Santiago Massi, Alexandre Addor, Paulo Henrique (*in memorian*), Paulo Orlando (POG), Rafael Brasil, Diego Dias, Rodrigo Nascimento (Rodriguim), Denis, João Augusto Borgonovi (Coronel), Bernardo Guerra (Pinto), José Luiz da Silva Costa (mestre dos Brabos), Bruno Teles (Télito), Gustavo Correa, dentre outros, por terem me proporcionado os momentos mais divertidos da minha vida. Sem vocês, a vida não teria tido a menor graça.

A Deus e à vida, por terem me dado muito mais do que eu merecia.

RESUMO

FREITAS, Rafael Vêras de. *Expropriações normativas*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito da Regulação) – Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro, 2015.

Esta dissertação busca investigar as consequências jurídicas das expropriações normativas. Trata-se de um ato regulatório, genérico e abstrato, que subtrai ou minimiza o direito de propriedade, do qual não decorre a transferência formal do domínio para Poder Público. A problemática tem lugar na medida em que essa ablação normativa é levada a efeito, sem o estabelecimento do devido processo legal expropriatório (previsto no art. 5º, inciso XXXIV, da Constituição da República – CRFB), o qual impõe o pagamento de uma prévia e justa indenização ao expropriado. Para este fim, será investigado se os institutos por meio dos quais o Estado intervém na propriedade privada (desapropriação, limitação administrativa, ocupação temporária, requisição administrativa, tombamento) dão conta desse fenômeno, ou se se trata de uma falha da regulação, que produz consequências jurídicas. Ao final, será apresentada uma proposta, *de lege ferenda*, de disciplina desse fenômeno.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Regulação. Expropriação. Devido processo legal. Limitação Administrativa. Desapropriação Indireta. Responsabilidade Civil do Estado por Ato Lícito. Falhas da Regulação. Relação administrativa multipolar. Direito de Participação. Devido processo legal regulatório. Análise do Impacto Regulatório.

ABSTRACT

FREITAS, Rafael Vêras de. *Expropriações normativas*. 2015. 185 f. Dissertação (Mestrado em Direito da Regulação) – Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro, 2015.

This dissertation aims to present a proposal on the legal regime of regulatory expropriation in the light of national law. It is a regulation which subtracts or minimizes the right to property, which does not follow the formal transfer of the domain to the State, without the establishment of the regulatory due process of law referred in the Article 5, item XXXIV of the Constitution of the Republic – CRFB, which requires the payment of a prior and fair compensation to expropriated. To this end, it will be investigated if the institutions through which the state intervenes in private property realize this phenomenon, or is it a failure of regulation. Finally, will be presented a proposal, *de lege ferenda*, of the compatibility of this phenomenon with the Brazilian Legal System.

Keywords: Administrative Law. Regulation. Expropriation. Due Process of Law. Administrative Limitation. Indirect Expropriation. Liability of the State for Lawful Act. Failures of Regulation. Multipolar Administrative Relationship. Right of Participation. Regulatory Due Process of Law. Regulatory Impact Analysis.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	14
CAPÍTULO I – EXPERIÊNCIAS ALIENÍGENAS COM AS EXPROPRIAÇÕES NORMATIVAS	28
1.1 A análise dos precedentes da Suprema Corte Norte-America	28
1.2 A Doutrina Norte-Americana.....	39
1.3 Alguns exemplos da disciplina jurídica das expropriações normativas em países Europeus e Sul-Americanos	44
1.4 Conclusões parciais	55
CAPÍTULO II – A REGULAÇÃO E O REGIME EXPROPRIATÓRIO NO BRASIL	57
2.1 A aferição das consequências expropriatórias da regulação como um pressuposto da função reguladora	57
2.2 O regime jurídico expropriatório à luz das Constituições Brasileiras: um histórico necessário.....	64
2.3 O regime expropriatório da propriedade previsto na Constituição de 1988 e as “desapropriações anômalas”	69
2.4 Conclusões parciais	74
CAPÍTULO III – AS EXPROPRIAÇÕES NORMATIVAS E OS INSTITUTOS DE INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE PRIVADA	77
3.1 Os Novos desafios na interpretação dos institutos de intervenção do Estado na propriedade privada	77
3.2 Diferenças entre a Função Ordenadora e a Função Reguladora.....	81
3.3 Diferenças entre os institutos dos condicionamentos de direitos e dos sacrifícios de direitos	84
3.4 As limitações administrativas de direitos <i>versus</i> as expropriações normativas.....	93
3.5 A desapropriação indireta <i>versus</i> as expropriações normativas.....	100
3.6 As consequências das expropriações normativas: a Responsabilidade Civil do Estado pela Intervenção no Domínio Econômico	105
3.7 Conclusões parciais	119
CAPÍTULO IV – AS EXPROPRIAÇÕES NORMATIVAS E AS FALHAS DA REGULAÇÃO	122
4.1 As falhas da regulação: expropriar é regular?	122
4.1.1 As espécies de falhas da regulação	126

4.2 A falha da regulação provocada pela captura por grupos de interesse	132
4.3 A falha da regulação provocada por erros de diagnóstico e análises superficiais ..	136
4.4 A falha da regulação provocada pelos efeitos sistêmicos complexos e pela falta de antecipação das suas consequências	140
4.5 Conclusões parciais: o conceito de expropriações normativas.....	143
CAPÍTULO V – A COMPATIBILIZAÇÃO DAS EXPROPRIAÇÕES NORMATIVAS COM O ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO POR MEIO DE SUA PROCEDIMENTALIZAÇÃO.....	145
5.1 Novas perspectivas para o devido processo legal expropriatório.....	145
5.2 O ato administrativo “autista” e as relações administrativas multipolares.....	155
5.3 O devido processo legal regulatório normativo como substituto do devido processo legal expropriatório.....	161
5.4 A Análise do Impacto Regulatório como forma de apuração dos prejuízos dos agentes regulados.....	168
5.5 Conclusões parciais	180
CONCLUSÕES	182
REFERÊNCIAS	189
APÊNDICE – ANTEPROJETO DE LEI	213

INTRODUÇÃO

No início da década de 90, as principais questões sobre a juridicidade do exercício da função regulatória no Brasil¹ estavam relacionadas: (i) à legitimidade do exercício da função normativa pelas agências reguladoras; (ii) à constitucionalidade da atribuição de mandatos fixos e não coincidentes com o do Chefe do Poder Executivo para os seus diretores; (iii) à sua autonomia frente o Chefe do Poder Executivo; e (iv) ao cabimento de recurso hierárquico impróprio em face de suas decisões².

Os tempos são outros. Em que pese remanescer polêmicas sobre as referidas questões, atualmente, a Doutrina do denominado “Direito Regulatório” – se é que não se trata de uma das facetas do velho Direito Administrativo³ – passa a voltar suas luzes para a forma como a atividade regulatória estatal vem sendo exercida. Dito em outros termos, o debate não está, apenas, centrado na natureza dessa função – notadamente se regulamentar ou normativa –, mas se tal modalidade de intervenção indireta do Estado no Domínio Econômico, prevista, de forma ampla, no art. 174 da CRFB, vem sendo exercida de forma necessária, adequada e proporcional; daí o advento de novas pesquisas acerca da qualidade da atividade regulatória (v.g. sobre o tema da “Análise de Impacto Regulatório (AIR)”⁴.

¹ Para os fins desse trabalho, adota-se o conceito de regulação de Floriano de Azevedo Marques Neto, para quem “a regulação é uma atividade estatal pela qual o Estado usa o seu poder extroverso para intervir e modelar comportamentos privados. Porém, o faz a não a partir de comandos binários proibido-permitido, vedado-autorizado, conduta-sanção, ordem-sujeição, mas, sim, perseguindo objetivos públicos pautados no ordenamento jurídico em concertação com os atores econômicos e sociais. Sendo assim, podemos concluir a função reguladora como sendo a modalidade de intervenção estatal indireta no domínio econômico ou social destinada à busca do equilíbrio de interesses aos sistemas regulados e à satisfação de finalidades públicas, condicionada aos limites e parâmetros determinados pelo ordenamento jurídico”. KLEIN, Aline; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Título. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Tratado de direito administrativo*. V. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 512.

² Veja-se, nesse sentido: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 40; SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004; ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras: constituição, transformações do estado e legitimidade democrática. *Revista de direito administrativo*, n. 229, p. 285-311, jul./set. 2002.

³ Essa questão foi examinada de forma pioneira em tese de doutorado defendida por Marcos Juruena, posteriormente publicada: SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

⁴ V. OCDE. *Building an institutional framework for regulatory impact analysis*. Version 1.1 Regulatory Policy Division Directorate for Public Governance and Territorial Development.

Esse juízo acerca da qualidade do exercício da função reguladora tem lugar, sobretudo, nas hipóteses em que a norma regulatória estabelece limites a direitos dos administrados. Nesse quadrante, Floriano de Azevedo Marques Neto⁵, por exemplo, aponta dois limites para o exercício da regulação, a saber: *o horizontal* e *o vertical*. O primeiro (horizontal) está relacionado à existência de limites aos setores, ou campos da atividade econômica, que podem ser objeto de incidência regulatória direta, em razão do princípio da subsidiariedade⁶. Isto porque, na concepção do referido autor, o Estado só deverá intervir no domínio econômico quando a iniciativa privada não possuir interesse, ou capacidade. O segundo (vertical) tem por fim analisar quais os limites constitucionais para o exercício das competências regulatórias à luz do princípio da proporcionalidade⁷. Em prosseguimento, Marques Neto, ao comentar a aplicação do

Paris, 2008; RODRIGO, Délia. *Regulatory Impact Analysis in OECD Countries Challenges for Developing Countries*: South Asian Third High level Investment Roundtable, 2005; BECK, Leland E. Judicial Review & EO 12866 Regulatory Impact Analysis, on August 29th, 2012. Posted in Executive - OMB Review, Judicial Review & Remedies, Regulatory Flexibility & Small Business, Regulatory Process. No Brasil, V. SALGADO, Lucia Helena; HOLPERIN, Michelle Moretzsonh. *Análise de Impacto: Ferramenta e Processo de Aperfeiçoamento da Regulação*, p. 3. Disponível em: <<http://www.agersa.es.gov.br/arquivos/relatorios/Analise%20do%20Impacto%20Regulatorio%20Ferramenta%20e%20Processo%20de%20Aperfeicoamento%20da%20Regulacao.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2014. Já tive a oportunidade de abordar o tema em FREITAS, Rafael Vêras de. A Análise de Impacto Regulatório (AIR) no setor de energia elétrica. *Revista Brasileira de Direito Público* – RBDP, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, pp. 177-200, jul./set. 2014.

⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. *Revista de Direito Público da Economia* – RDE, n.1, v. 1, p. 69-93, 2003, mar. 2003.

⁶ Silvia Faber Torres, em trabalho específico sobre o tema, traça as implicações da subsidiariedade na intervenção do Estado na ordem econômica: “Embora a subsidiariedade não seja um princípio estritamente diretivo da ordem econômica, ela a tem como um de seus objetos precípuos, orientando, nesse âmbito, a atuação estatal e informando a relação entre o Estado e o particular, de modo a harmonizar a coexistência do poder público e da liberdade de que goza a iniciativa privada. A subsidiariedade, portanto, regula a intervenção estatal na economia, cabendo-lhe fixar pautas que orientem uma relação harmônica entre a ordem econômica espontânea e a ação do Estado, a qual, saliente-se, não é por ela vedada, mas limitada à correção de distorções em nome do bem comum e da promoção da justiça”. (TORRES, Silvia Faber. *O Princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 152).

⁷ Esse parece ser o entendimento de Alexandre Santos de Aragão: “O grande desafio é coordenar sem tirar a independência. Temos o princípio da proporcionalidade atuando aqui, pelo qual se deve escolher um meio adequado para realizar o fim visado, no nosso tema, o meio adequado para realizar a necessidade de coordenação. Dentre esses meios adequados - e aí vem o elemento necessidade da proporcionalidade -, tem que se escolher o meio menos restritivo à autonomia da agência. Do ponto de vista da adequação, o objetivo a ser visado é a necessidade de coordenação, não a substituição da instância regulatória; e mesmo sendo só para a coordenação, o instrumento a ser adotado tem de ser a forma menos restritiva à independência. O segundo pressuposto, que é paradoxal em relação ao primeiro, é de manter ao máximo

princípio da proporcionalidade nas diversas formas de exercício da função regulatória, leciona que:

o regulador manejará suas competências regulatórias em excesso, quer editando norma que não observe parâmetros justificáveis de adequação e necessidade das restrições, quer atuando, em concreto, sem atenção à devida ponderação entre os ônus impostos ao regulado e os bônus que, potencialmente, este venha a obter com a observância das pautas regulatórias.

Marcos Juruena Villela Souto⁸ parece concordar com tal entendimento, quando afirma que “a proporcionalidade representa, em última instância, a medida da ponderação que resulta numa das modalidades de regulação”.

Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁹, o agente regulador deve “ser prospectivamente responsável, levantando e estimando, para esse efeito, as consequências previsíveis, poderando-as, tanto quanto a seu valor intrínseco, quanto a seu valor posicional no contexto da questão a ser solucionada”. Sérgio Guerra¹⁰, por sua vez, entende que a atividade regulatória não pode exceder os seguintes limites: (i) os atos exarados com vistas à regulação devem estar em consonância com os princípios gerais de direito e com os princípios de direito administrativo, a exemplo da legalidade, igualdade, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, eficiência, isonomia, boa-fé e impessoalidade; (ii) a decisão regulatória deve estar em consonância com as orientações e políticas públicas traçadas pelas autoridades superiores às quais a entidade regulatória esteja vinculada; (iii) o ato regulatório deve ser motivado, e essa motivação há de ser coerente, lógica e ter conexão com a decisão adotada, visando a garantir a legitimidade do ato regulatório, a segurança jurídica e o equilíbrio dos interesses pluralistas envolvidos no subsistema regulado.

possível a independência das agências reguladoras que já forem especialmente autônomas. Dar ou não independência não vai ser uma decisão do órgão responsável pela AIR. Trata-se de decisão legislativa já tomada”. (ARAGÃO, Alexandre Santos de. Análise de impacto regulatório - AIR. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, p.13 out./dez. 2010).

⁸ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 216.

⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 102.

¹⁰ GUERRA, Sérgio. *Controle judicial dos atos regulatórios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.p. 116

E isto porque, ainda que tal modalidade de intervenção estatal tenha por fim corrigir, por meio de um processo reflexivo¹¹ de interesses, “falhas de mercado” (*market failures*) e “falhas de governo” (*government failures*), isso não autoriza que o regulador edite atos que sacrifiquem “direitos de propriedade” dos agentes regulados (sejam estes materiais, ou imateriais). Daí a complexidade atual da regulação.

A rigor, os atos regulatórios não deveriam possuir tal característica, pois são permeados à participação do setor regulado. É dizer, embora aos agentes regulados seja facultado participarem do processo de formação da decisão do regulador, determinados atos regulatórios vão além das pautas regulatórias; criam condicionantes/limitações que sacrificam direitos dos regulados, sem o estabelecimento de um devido processo legal. Trata-se de atos normativos regulatórios, de caráter ablativo, os quais, a pretexto de disciplinar o exercício de direitos, acabam por esvaziar parte ou a totalidade da finalidade econômica do direito de propriedade dos administrados¹². Ressalte-se que, para a configuração de atos normativos com essas características, não se opera a transferência da propriedade dos particulares para o Poder Público – como ocorre nas desapropriações; basta que a intervenção normativa irrite o núcleo do direito de propriedade dos agentes regulados.

Na verdade, o fenômeno que ora se investiga se caracteriza com a edição de atos normativos regulatórios, os quais se originam de *atos lícitos, individualizáveis*, mas que reduzem os aspectos patrimoniais do direito de propriedade. Trata-se, portanto, de ato normativo que subtrai ou minimiza o direito de propriedade, do qual não decorre a transferência formal do domínio para Poder Público, sem o estabelecimento do devido processo legal expropriatório previsto no art. 5º, inciso XXXIV, da CRFB, o qual impõe o pagamento de uma prévia e justa indenização ao expropriado.

Na presente dissertação, esses atos serão denominados como “expropriações normativas”, estando nessa nomenclatura abrangidos, para além dos atos regulatórios, os atos normativos genéricos estatais que, eventualmente, não sejam assim caracterizados, mas produzam os efeitos sobre o direito de propriedade, antes apresentados.

¹¹ V. GUERRA, Sérgio. *Discrecionalidade, regulação e reflexividade* - uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

¹² Interferindo nas prerrogativas de usar, fruir e de dispor, previstas no art. 1.228 do Código Civil.

Citem-se alguns exemplos. Imagine-se uma empresa que comercialize determinado produto por vários anos. Ocorre que, em certo momento, é editado normativo regulatório que proíba a utilização de substância que compõe a sua matéria-prima. Tal interdição inviabilizará, por completo, a sua atividade empresarial – hipótese não rara de acontecer nos setores de tabaco¹³ e de medicamentos. Claro que, numa hipótese como essa, o agente privado estaria sofrendo uma ablação do seu direito de propriedade, em decorrência do exercício da função normativa da Administração Pública. Sob a ótica regulatória, essa função normativa do regulador estaria sendo exercida sem a ponderação dos direitos patrimoniais dos agentes regulados.

Ainda no âmbito dos setores regulados, suponha-se que determinado normativo da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS interdite, de uma hora para outra, que as sociedades operadoras de planos de saúde prevejam períodos de carência para o ingresso de novos segurados. É evidente que tal proibição pode causar prejuízos patrimoniais a tais operadoras, em razão da quebra de seus sistemas atuariais, desequilíbrio este que poderá ter efeitos expropriatórios.

Um exemplo real do fenômeno que ora se investiga nos parece ter sido a edição da Resolução de Diretoria Colegiada – RDC nº46/2002, a qual estabeleceu que deveria haver o comércio de álcool na forma de gel desnaturado e volume máximo de 500g, em embalagens resistentes ao impacto. Ocorre que tal restrição causou impactos singulares à determinada empresa, que teve o seu faturamento reduzido em 98%¹⁴, prejuízo econômico que poderia ser equiparado à expropriação de sua atividade econômica.

Mais um exemplo nos parece relevante. Suponha-se uma atividade que vem sendo regulada como serviço público durante anos, com os respectivos deveres de universalização, de continuidade, reversibilidade de bens e de modicidade tarifária. Sucede que, anos mais tarde, surge – seja em razão do desenvolvimento tecnológico,

¹³ Um exemplo disso foi a edição da RDC nº 14/2012 editada pela Anvisa. Sob o pretexto de diminuir a atratividade do cigarro para o público jovem – erradicando a comercialização de cigarros com aroma e sabor –, a referida resolução proibiu aditivos de forma genérica, entendidos como qualquer substância ou composto que não seja tabaco ou água, e, com isso, implicou o banimento da produção e comercialização da quase totalidade dos cigarros vendidos licitamente no mercado brasileiro. Em razão disso, a Confederação Nacional da Indústria (CNI) propôs a ADI nº 4.874, entregue à relatoria da ministra Rosa Weber, do Supremo Tribunal Federal. Após reconhecer que a norma iria causar dano grave à indústria do cigarro, além de representar um risco de distorção concorrencial entre as empresas, a Ministra suspendeu os efeitos da mesma e o julgamento da resolução pelo Plenário do STF.

¹⁴ Sobre o caso, veja-se Ação Cautelar nº 2009.35.009544-9, 8ª Vara da Justiça Federal de Goiás.

seja por alterações disruptivas nas leis de mercado – um concorrente a esse prestador submetido a um regime regulatório mais brando. Nesse contexto, o Poder Público, entendendo que o novo concorrente estaria prejudicando a prestação de um serviço público – sob uma ótica concorrencial –, interdita, por completo, o exercício dessa atividade, ou lhe impõe gravames que resultam na mesma consequência prática¹⁵. Na situação narrada, o novo viés regulatório conferido a essa atividade econômica poderá ter efeitos expropriatórios.

Todas essas situações têm em comum o fato de que o regulador visava a atingir determinado objetivo (legítimo), mas editou normativo que causou impactos ao direito de propriedade dos administrados, para o que não se valeu do devido processo legal expropriatório garantido pela Constituição Federal.

No âmbito da Legislação Ambiental, por exemplo, esse fenômeno é assaz recorrente. Não raro, proprietários tem sua propriedade qualificada como uma “área de preservação permanente”, prevista no art. 3º, inciso II, da Lei nº 12.652/2012 (Código Florestal), o que interdita quaisquer alterações nesse bem que modifiquem, ou suprimam as suas condições vegetais. Essas alterações podem reduzir, ou mesmo esvaziar, o seu proveito econômico¹⁶. Do mesmo modo, o fenômeno também poderá ter

¹⁵ A exemplo do que vem ocorrendo com o aplicativo “Uber”. Hoje, o aplicativo está presente em apenas quatro capitais – Belo Horizonte e Brasília, além de Rio e São Paulo. Em todas, existem projetos de lei contra o serviço. Além disso, vereadores de outras 13 capitais brasileiras – Vitória, Maceió, Curitiba, Salvador, Recife, Manaus, Goiânia, Cuiabá, Aracaju, Natal, João Pessoa e Campo Grande – decidiram se antecipar a uma eventual chegada da empresa e já apresentaram projetos de lei que vetam o transporte individual e remunerado de passageiros por prestadores que não sejam autorizados pelo poder público, ou seja, ratifica a exclusividade desta atividade aos taxistas. (BARIFOUSE, Rafael. *Mais da metade das capitais brasileiras já têm projetos de lei contra o Uber*. BBC Brasil, São Paulo, 09 set. 2015. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/09/150908_uber_projetos_de_lei_rb>. Acesso em: 04 nov. 2015). Especificamente no Rio de Janeiro, o Prefeito sancionou, em 30/09/2015, o Projeto de Lei nº 122/2015, aprovado na Câmara de Vereadores, prevendo multa aos motoristas que prestarem serviço de transporte por meio do aplicativo “Uber”. Entretanto, tendo em vista a controvérsia em torno do tema a Justiça do Rio de Janeiro concedeu liminar que suspende os efeitos da referida lei municipal.

¹⁶ Reconhecendo isso, citem-se os seguintes julgados: ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. INDENIZAÇÃO. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. ESVAZIAMENTO DO CONTEÚDO ECONÔMICO DA PROPRIEDADE. LIMITAÇÕES ADMINISTRATIVAS ESPECÍFICAS MAIS AMPLAS QUE AS DE CARÁTER GERAL. MATÉRIA PACIFICADA NO ÂMBITO DA PRIMEIRA SEÇÃO. DECISÃO MONOCRÁTICA FUNDAMENTADA EM JURISPRUDÊNCIA DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. [...] *comprovada limitação administrativa mais extensa que as já existentes, cabe a indenização em favor dos proprietários dos terrenos em área de preservação permanente*. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag: 1220762 RJ

lugar em matéria urbanística. Suponha-se que determinada sociedade tenha adquirido Certificados de Potencial Adicional de Construção – CEPAC, no âmbito de uma Operação Urbana Consorciada, prevista no art. 32 da Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), para o fim de desenvolver uma atividade empresária que necessite da modificação de índices de construção. Anos após tal aquisição, a Municipalidade, ao alterar o seu plano Diretor, define que aquela localidade passará a ser área *non aedificandi*, causando o esvaziamento da atividade econômica daquela sociedade.

No Direito Estadunidense, tal modalidade de intervenção normativa é denominada de “expropriação regulatória” (*regulatory takings*), assim considerada como a hipótese em que o Estado, por meio de atos normativos, institui limitações expropriatórias ao direito de propriedade dos agentes regulados, sem a respectiva indenização¹⁷, em violação à 5ª Emenda da Constituição Americana. Nas palavras de William A. Fichel¹⁸, “*The regulatory takings issues asks under what circumstances judges should hold that a regulation has sufficiently infringed upon property rights that it amounts to a taking for which just compensation should be paid*”¹⁹. O referido fenômeno também vem sendo disciplinado por diversos países caudatários de um ordenamento jurídico Romano-Germânico, como será visto doravante.

Questões como as trazidas nos exemplos merecem uma sistematização no ordenamento jurídico pátrio – e, até mesmo, uma proposta normativa, *de lege ferenda*, a fim de compatibilizá-lo com o regime expropriatório previsto na Constituição de 1988.

Com efeito, a Constituição da República de 1988 consagra o direito fundamental à propriedade privada, nos arts. 5º, *caput* e incisos XXII e XXIX e no art. 170, inciso II.

2009/0114595-4. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Data de Julgamento: 17 ago. 2010. T2 - Segunda Turma. DJe, 20 set. 2010).

¹⁷ Indenização esta que pode vir a corresponder a valores devidos em transações comerciais, como assevera J. Gregory Sidak e Daniel F. Spulber: “At What Magnitude is the compensation paid for a taking of private property “Just”? Compensation for involuntary exchange is just when it is equivalent to the compensation that could be derived from voluntary exchange”. (SIDAK, J. Gregory; SPULBER, Daniel F. *Deregulatory takings and the regulatory contract: The competitive transformation of network industries in the United States*. Cambridge: United Kingdom, 2003. p. 273)

¹⁸ FISCHER, William A. *Regulatory takings: law, economics, and politics*. Harvard University Press, 1995. p.305.

¹⁹ Tradução Livre: “As questões relacionadas às expropriações normativas impõe que os juízes avaliem se regulamento infringiu suficientemente os direitos de propriedade, equivalendo a uma desapropriação, para o qual deve ser dada paga compensação justa”.

Isso não significa dizer que este direito seja absoluto. Muito ao contrário, a própria Constituição funcionaliza esse direito a um objetivo de natureza transindividual (art. 5º, inciso XXIII e 170, inciso III, da CRFB)²⁰. Isso, contudo, não autoriza que o Poder Público edite normas regulatórias que expropriem, ou reduzam economicamente esse direito²¹, sem a devida compensação, posto que esse normativo violaria a própria sistemática de outorga do Estado no Domínio econômico prevista na Constituição. De fato, a importância do direito de propriedade a relaciona como um dos corolários do princípio da liberdade de iniciativa, que é fundamento da República e princípio estruturante da ordem econômica (art. 1º, inciso IV e 170, *caput*, da CRFB).

Dáí porque se concorda com Egon Bockmann Moreira,²² para quem a intervenção do Estado na economia deve observar três diretrizes: (i) rejeitar a superfluidade (sendo interdita a edição de preceitos irrelevantes); (ii) ser transparente da demanda social e da sua essencialidade (demonstrando falhas estruturais, ou pontos de estrangulamento de determinado setor); e (iii) deve apresentar uma relação de eficiência jurídica e econômica (de sorte que os custos do processo interventivo sejam

²⁰ Trata-se de uma espécie de regulação da propriedade, a fim de direcioná-la ao entendimento do interesse público, como ressalta Gustavo Tepedino: “Informado pela axiologia constitucional, que tutela a função social do direito de propriedade não apenas como princípio da ordem econômica (art. 170, II e III), consoante o sistema constitucional anterior (art. 160, III, CR1967), mas como direito fundamental, nos termos do art. 5º, XXIII – ao lado, portanto, da cláusula pétrea relativa à garantia fundamental de proteção da propriedade privada, previstas no inc. XXII –, o § 1º vincula o exercício do direito de propriedade às suas finalidades econômicas e sociais, além de consagrar a função social como categoria propriamente jurídica, isto é, “como aspecto interno redefinidor do núcleo de poderes do proprietário (aspecto funcional)”. (TEPEDINO, Gustavo. *Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. pp. 499 e 500)

²¹ Diogo de Figueiredo Moreira Neto ressalta o dever de ponderação entre os princípios constitucionais da ordem econômica: “O princípio da liberdade de iniciativa tempera-se pelo da iniciativa suplementar do Estado; o princípio da liberdade de empresa corrige-se com o da definição da função social da empresa; o princípio da liberdade de lucro, bem como o da liberdade de competição, moderam-se com o da repressão do abuso de poder econômico; o princípio da liberdade de contratação limita-se pela aplicação dos princípios de valorização do trabalho e da harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção; e, finalmente, o princípio da propriedade privada restringe-se com o princípio da função social da propriedade”. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Ordem econômica e desenvolvimento na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Associação Promotora de Estudos da Economia, 1989. p. 28)

²² MOREIRA, Egon Bockmann. Reflexões a propósito dos princípios da livre iniciativa e da função social. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*. Belo Horizonte, n. 16, ano 4, 9-26, out. / dez. 2006.

inferiores aos benefícios por ele gerados). Luís Roberto Barroso²³, por sua vez, ao comentar o ato de controle de preços pelo Estado – que se configura como um dos atos mais interventivos no núcleo da liberdade de iniciativa –, afirma que essa modalidade de intervenção estatal na economia seria admissível: (i) se observar o princípio da razoabilidade; (ii) como medida excepcional, que pressuponha uma situação de anormalidade; (iii) desde que limitada no tempo; e (iv) desde que, em nenhuma hipótese, imponha a venda de bens ou serviços por preço inferior ao preço de custo, acrescido de um retorno mínimo com as necessidades de reinvestimento e de lucratividade próprias do setor privado.

Note-se que Barroso, ao interditar a imposição de preço inferior ao custo, está defendendo o entendimento segundo o qual a intervenção do Estado na economia não pode suprimir as expectativas econômicas que o particular tem na utilização de sua propriedade. É dizer, o autor, por via transversa, está a afirmar que não será admissível uma atuação estatal na economia que resulte na expropriação da propriedade privada, sem a devida compensação, tema que será objeto da presente dissertação.

Pois bem. Embora a doutrina do Direito Administrativo não se utilizasse do termo “expropriação normativa ou regulatória”, não raras vezes, apresentava hipóteses de edição de normas que geram o dever de indenizar os particulares. Marcos Juruena Villela Souto, por exemplo, apresenta a hipótese em que a modificação do regime jurídico das autorizações pode ensejar o dever de indenizar o particular pelos investimentos realizados²⁴. Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara²⁵, ao

²³ BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. *Fórum Administrativo* – Direito Público – Belo Horizonte, ano 1, n. 6, ago. 2001.

²⁴ Confira-se, por relevante, na íntegra, o exemplo do referido autor: “A incorporação ao direito brasileiro das noções européias de ‘serviço econômico de interesse geral’ (aqui, muitas vezes, traduzida como ‘serviços públicos prestados em regime privado’), acabou por implicar no uso da ‘autorização’ para admitir a prestação, em regime privado, de serviços públicos (em muito se assemelhando ao modelo americano de *licenciamento* das atividades de *utilidade pública* (*public utility*)). Neste caso, a lei definirá que atividades podem ser objeto de autorização; entretanto, ao contrário do que ocorre no modelo americano, a titularidade da atividade autorizada permanece com o Poder Público – por ex.: CF, art. 21, XI – o que implica que a eventual modificação do regime por lei não significa supressão de uma liberdade de iniciativa (ainda que acarrete o dever de indenizar os direitos já conferidos e sacrificados pela inovação). (SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2004. p.76)

²⁵ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Os helipontos e o direito de construir na vizinhança. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo*, Salvador, n. 16, 2009. Disponível

comentarem o art. 43 do Código Brasileiro de Aeronáutica, o qual estabelece limitações administrativas para as propriedades vizinhas dos aeródromos, aduzem que há três requisitos para a imposição de sacrifícios ao direito de propriedade: o primeiro é de ordem substancial (a existência de interesse público efetivo, a justificar a motivação do direito), o segundo (a necessidade do devido processo legal) e o último econômico (o dever de indenizar pelos prejuízos resultantes do gravame).

Mais recentemente, o tema veio a ser objeto de alguns trabalhos acadêmicos.

O primeiro artigo sobre o assunto, na doutrina brasileira, é de autoria de Gustavo Binzenbojm, cujo título é “regulações expropriatórias²⁶”. O referido texto aborda os principais precedentes norte-americanos sobre o tema, além fazer um paralelo da “expropriação regulatória” com o instituto da “desapropriação indireta”. Para o referido autor, a regulação será expropriatória: (i) quando vier acompanhada de esbulho possessório; (ii) quando for desproporcional, porquanto desnecessária e/ou tiver custos maiores que seus benefícios; e (iii) quando for excessiva, por configurar esvaziamento econômico, ou retirar o conteúdo prático do direito que passa a ser usado para o atendimento de finalidades públicas.

O outro trabalho que aborda essa temática – mas de forma incidental – é de autoria de Alexandre Santos de Aragão²⁷. O referido autor, no item 4.1 deste trabalho, denominado “a acepção das desapropriações indiretas regulatórias”, ao importar essa teoria ao Brasil, aduz que, para saber se uma regulação possui natureza expropriatória, seria necessário aferir-se se se trata de uma “limitação administrativa”, ou de uma “desapropriação indireta”, caso em que seria devida indenização ao particular.

Por fim, destaque-se o trabalho de autoria de André Rodrigues Cyrino²⁸. Neste trabalho, Cyrino apresenta, com detalhamento, as contribuições da experiência estadunidense sobre o tema, dando ênfase aos principais precedentes da Suprema Corte norte-americana. Na opinião de Cyrino, a função regulatória não seria ilimitada, na medida em que a Constituição de 1988 criou um sofisticado aparato normativo, vedando

em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-16-NOVEMBRO-2008-CARLOS%20ARI%20SUNDFELD.pdf> > . Acesso em: 20 dez. 2014.

²⁶ BINENBOJM, Gustavo. *Regulações expropriatórias*. Disponível em: <<http://www.editorajc.com.br/2010/04/regulacoes-expropriatorias/>>. Acesso em: 05 abr. 2015.

²⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Limitações administrativas e sua excepcional indenizabilidade. *Fórum Administrativo* - FA, Belo Horizonte, n. 14, jan. 2014.

²⁸ CYRINO, André Rodrigues. Regulações expropriatórias: apontamentos para uma teoria. *Revista de Direito Administrativo* – RDA. Rio de Janeiro, v. 267, pp. 199-235, 2014.

o confisco e a desapropriação (de bens e direitos), sem o pagamento prévio de justa indenização em dinheiro (art.150, IV e art. 5º, XXIV). Em prosseguimento, Cyrino afirma que, no Brasil, a expropriação regulatória vem sendo tratada como hipóteses de limitação administrativa e de desapropriação indireta, institutos que deveriam ser revisitados, em razão da influência jurisprudencial nas suas aplicações.

Ao ver do autor, essa revisão se justificaria, posto que o Superior Tribunal de Justiça – STJ, por exemplo, já teve a oportunidade de se posicionar no sentido de que as restrições regulatórias à propriedade privada, de natureza geral, não seriam indenizáveis. Na visão do autor, tal entendimento seria insubsistente, pelas seguintes razões: primeiro, porque nem sempre é simples identificar um ato como geral; segundo, porque certos atos gerais podem implicar real sacrifício e o esvaziamento de direitos. Com base nesses argumentos, Cyrino conclui que os atos (individuais ou gerais) expropriatórios deverão ser: (i) anulados; e (ii) ensejar direito à indenização decorrente do esvaziamento econômico da propriedade.

Esta dissertação tem por objetivo investigar o tema com vistas a responder às seguintes indagações: medidas estatais, de viés regulatório, como nos exemplos anteriormente apresentados, são compatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro? Essas medidas podem ser enquadradas em um dos institutos do direito administrativo, por meio dos quais o Estado intervém na propriedade privada, já consolidados em nosso sistema jurídico? Em caso negativo, seria possível disciplinar esse fenômeno?

Diante essa perspectiva, esta dissertação se justifica, posto se trata de tema que, malgrado a sua relevância, ainda é pouco explorado pela doutrina brasileira. O principal método de investigação, a orientar a presente dissertação, será o dedutivo, analisando as premissas doutrinárias sobre essa espécie normativa, para, ao final, e a depender dos resultados alcançados, apontar as suas consequências jurídicas. A técnica de investigação, a ser adotada, pode ser sintetizada pelos seguintes instrumentos: pesquisa teórica e doutrinária comparada, jurisprudencial e apresentação de casos práticos.

Para tanto, a presente dissertação seguirá o seguinte percurso:

No Capítulo 1, ter-se-á como objetivo apresentar um panorama (não exaustivo) de experiências alienígenas com o instituto das expropriações normativas em situações que se caracterizam com aquelas aqui utilizadas, a título exemplificativo. Destacar-se-á a experiência estadunidense – país precursor na matéria –, por meio da análise dos principais precedentes que identificaram a existência dessa vicissitude normativa. Em prosseguimento, será apresentado um extrato da doutrina estadunidense sobre este tema.

Ainda no mesmo capítulo, será apresentada a forma como alguns países integrantes da União Europeia e sul-americanos disciplinam essa temática, os quais influenciaram, com maior intensidade, o Direito Administrativo Pátrio, por serem países que se utilizam do sistema normativo da *Civil Law*. O objetivo dessas referências é buscar parâmetros para a apresentação de uma proposta de disciplina das suas consequências jurídicas no Brasil.

No Capítulo 2, ter-se-á como objetivo investigar se a expropriação normativa está em consonância com o regular exercício da função reguladora. É que, se essa função administrativa tem por fim ponderar os interesses envolvidos, a fim de equilibrar subsistemas, se ela desconsiderar o interesse de preservação da propriedade privada, passará a se configurar como uma função ilegítima do Estado. Ainda deste ponto, apresentar-se-á o entendimento de que, se uma das justificativas da regulação é a correção de externalidades negativas, uma espécie de “falha de mercado”, não caberia à própria norma dela advinda produzir essa falha, suprimindo a propriedade privada. A partir disso, apontar-se-ão quais seriam os requisitos para que o exercício dessa função não seja considerado como antijurídico, para o que se percorrerá os regimes expropriatórios previstos nas Constituições Brasileiras. Essa exposição se justifica, porque o fenômeno que ora investiga se materializa pela supressão, via normativa, da propriedade privada, sem a instauração de um devido processo legal.

No Capítulo 3, ter-se-á como objetivo investigar se os institutos, por meio dos quais o Estado intervém na propriedade privada, dão conta do fenômeno da expropriação normativa. Para esse desiderato, o estudo foi realizado sob a lente da contribuição de Carlos Ari Sundfeld²⁹ para o Direito Administrativo Brasileiro, que diferencia os institutos do “*Condicionamento de direitos*” e do “*Sacrifício de direitos*”. Diante dessa perspectiva, serão apresentadas as principais características dos institutos das Limitações Administrativas e da Desapropriação Indireta, os quais, para a doutrina acima colacionada, se assemelhariam ao instituto que ora se investiga. Nesse ponto, pretende-se, investigando se tal instituto se rege pelos institutos por meio dos quais o Estado intervém na propriedade privada, fixar as suas consequências jurídicas.

No Capítulo 4, pretende-se investigar se as expropriações normativas se apresentam como uma falha da regulação, utilizando-se da categorização preconizada

²⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003.

por Cass Sustein³⁰, a qual aponta que essas vicissitudes podem ser provocadas: (i) pela captura por grupos de interesse; (ii) por erros de diagnóstico e análises superficiais; (iii) pela gestão de riscos *versus* direitos; (iv) por efeitos sistêmicos complexos e pela falta de antecipação das consequências; (v) por falhas de coordenação; (vi) pela modificação nas circunstâncias e obsolescência; (vii) pela indevida delegação de decisões políticas; (viii) pela proteção inadequada; (ix) pelo aumento de ineficiência e excesso de controle; (x) pela distribuição enviesada; (xi) por processos e resultados não democráticos. A ideia, aqui, é aferir se a expropriação normativa ou regulatória é uma vicissitude já apontada por essa doutrina, ou uma nova, ainda não ventilada. Nesse momento, propor-se-á um conceito para fenômeno, que possa ser operacionalizável.

No Capítulo 5, será apresentada uma proposta, *de lege ferenda*, que se preste a uma espécie de “sanatória” para essas expropriações normativas, à luz da necessidade de sua compatibilização com as garantias do devido processo legal (consagrado no art. 5º, inciso LV, da CRFB) e da prévia e justa indenização, nos casos de perda da propriedade privada (art. 5º, inciso XXXIV, da CRFB). Para esse fim, discorrer-se-á acerca da natureza jurídica do devido processo legal exigido pela constituição, se administrativo, ou judicial. Na sequência, realizar-se-á a exposição acerca da superação do “Ato administrativo Autista”, como designado por Floriano de Azevedo Marques Neto³¹, das relações jurídicas multipolares e do devido processo legal regulatório, a fim de orientar a proposta. Ainda neste ponto, apresentar-se-ão as principais características da Análise do Impacto Regulatório – AIR, instrumento que se presta a aferir a qualidade da regulação, bem como tem por desiderato corrigir as vicissitudes das propostas de regulação, avaliando os seus custos e benefícios. O objeto deste capítulo é o de apresentar o substrato doutrinário que orientará a proposta de uma disciplina processualizada deste fenômeno.

Para encerrar, apresentar-se-á, em proposições objetivas, a síntese conclusiva que se pode extrair da presente dissertação. Cada parte e cada capítulo serão representados por mais de um parágrafo. Anexo ao trabalho, será apresentado um

³⁰ SUNSTEIN, Cass. *After Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State*. Massachusetts: Harvard University Press, 1993.

³¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A superação do ato administrativo autista. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coords.). *Os Caminhos do Ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 90-113.

Anteprojeto de Lei, que tem por objetivo a alteração do Decreto-lei nº 3.365/1941 (que disciplina o procedimento de desapropriação).

CAPÍTULO I – EXPERIÊNCIAS ALIENÍGENAS COM AS EXPROPRIAÇÕES NORMATIVAS

A apresentação das experiências alienígenas com as expropriações normativas não é o foco desta dissertação. Embora a citação de doutrina e de julgados em idiomas estrangeiros ainda seja considerada, pela academia brasileira, como um sinal de erudição, nesta dissertação tais referências serão utilizadas no que for essencial, a fim de se colher substratos para a apresentação de uma proposta de sua disciplina pelo ordenamento jurídico pátrio. Por mais que isso possa soar *démodé*, o foco desta dissertação é, sim, o Brasil.

1.1 A análise dos precedentes da Suprema Corte Norte-America

No Direito Estadunidense, a expedição de normas com efeitos expropriatórios é denominada *regulatory takings*, assim considerada como a hipótese em que o Estado, por meio de atos normativos, institui limitações expropriatórias ao direito de propriedade dos agentes regulados, sem o pagamento da respectiva indenização. Trata-se de hipóteses em que a “regulamentação estatal afeta o valor de uma propriedade”³².

Tal instituto tem origem no disposto da parte final da V Emenda à Constituição norte-americana, cujo teor é o seguinte: “a propriedade privada não poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização”. Dessa disposição, derivam as cláusulas do domínio eminente (“*Eminent Domain Clause*”), da indenização justa (“*Juste Compensation Clause*”) e da expropriação (“*Takings Clause*”). A “*Eminent Domain Clause*” confere ao Estado, com base no princípio da soberania, a titularidade sobre as terras que integram o patrimônio imobiliário norte-americano. Esse domínio territorial dá origem à “*Takings Clause*”, a qual possibilita que o Poder Público realize a tomada da propriedade privada, por meio de um procedimento expropriatório. A incidência dessa cláusula se justifica, na medida em que uma simples compra e venda da propriedade poderia esbarrar em demoradas negociações acerca dos valores das propriedades. Negociações que poderiam atrasar, ou mesmo impedir, a consumação da transferência da propriedade privada para o Poder Público³³. Nada obstante essa

³² SHAVELL, Steven. *Economic Analysis of Property Law. Harvard Law and Economics Discussion Paper*, Boston, n. 399, 2002. (Cap. 11, p. 17).

³³ Nesse sentido, veja SHAVELL, Steven. *Economic Analysis of Property Law. Harvard Law and Economics Discussion Paper*, Boston, n. 399, 2002. p. 18. (Capítulo 11).

potestade estatal, a 14ª Emenda à Constituição norte-americana preceitua que: “ninguém será detido para responder por crime capital [...] *nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal*; nem a propriedade privada *poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização*” (grifamos).

Destarte, os cidadãos americanos só devem ter o seu direito de propriedade expropriado pelo Estado, mediante o preenchimento de dois requisitos: (i) a instauração de um devido processo legal, que observe os princípios do contraditório e da ampla defesa; e (ii) mediante o pagamento de uma “justa indenização”, que recomponha os prejuízos sofridos pelo proprietário.

Essas diretrizes foram consagradas, pela Suprema Corte dos Estados Unidos, por exemplo, em *United States v. Causby* 328 US 256 (1946)³⁴. Tratou-se de caso em que o proprietário Causby processou o poder público, queixando-se, especificamente, de que os “aviões militares, ao voarem baixo em suas terras, estavam causando danos ao seu galinheiro”. Por conta disso, ele teria direito à indenização, nos termos da V Emenda à Constituição Norte-Americana (“V Emenda”), por violação ao seu direito de propriedade. Ao apreciar esta demanda, a Suprema Corte se posicionou no sentido de que se tratou de hipótese de servidão administrativa, a ser indenizada pelo Poder Público. A sua razão de decidir foi a de que, na medida em que o espaço aéreo de domínio público varia de 500 a 1000 pés, o voo de aeronaves militares na propriedade de Causby, a 83 pés, restringiu o seu direito de propriedade.

Do mesmo modo, em *United States v. Cress*, 243 US 316 (1917)³⁵, a Suprema Corte entendeu que as obras que o Poder Público realizou para melhorar a navegação do rio Cumberland, em Kentucky, por terem incrementado o nível natural das águas naquela região, causaram prejuízos aos proprietários ribeirinhos. Neste julgado, ficou assentado que: (i) essa conduta do Poder Público equivale a uma tomada parcial da

³⁴ Confira-se trecho da decisão: “Every transcontinental flight would subject the operator to countless trespass suits. Common sense revolts at the idea. [...] If the landowner is to have full enjoyment of the land, he must have exclusive control of the immediate reaches of the enveloping atmosphere [...] a direct and immediate interference with the enjoyment and use of the land”. (328 US 256)

³⁵ Confira-se trecho de decisão usada como fundamentação: “The capability of use by the public for purposes of transportation and commerce affords the true criterion of the navigability of a river, rather than the extent and manner of that use. If it be capable in its natural state of being used for purposes of commerce, no matter in what mode the commerce may be conducted, it is navigable in fact, and becomes in law a public river or highway”. (243 US 324)

propriedade; e (ii) que os Estados Unidos seriam responsáveis por compensar o proprietário por toda a extensão da lesão.

Dos referidos precedentes, é possível extrair-se que a Suprema Corte, no início do século XX, se posicionava no sentido de que, se o Poder Público levar a efeito a expropriação física do direito de propriedade, por meio de atos materiais, será devida a respectiva indenização aos proprietários expropriados. Dito em outros termos, o entendimento da Suprema era no sentido de que a V Emenda à Constituição norte-americana apontaria as bases para se delimitar uma distinção entre “expropriação física” e “expropriação regulatória”. Entretanto, de acordo com este entendimento, “a Constituição não contém referências comparáveis para o caso de regulamentação que proíba o titular de uma propriedade do exercício integral de seu uso³⁶”.

Por tal razão, a Suprema Corte, em outras oportunidades, considerou lícito o estabelecimento de restrições ao direito de propriedade, nas hipóteses de edição de atos normativos, gerais e abstratos, relacionados à ocupação do solo urbano. Cite-se, por exemplo, o caso *Hadacheck v. Sebastian*, 239 US 394 (1915),³⁷ no qual se apreciou a validade de uma lei municipal que proibia a queima de tijolos dentro dos limites do zoneamento Municipal. Naquela oportunidade, a Corte Constitucional concluiu, por decisão unânime, que a referida lei seria constitucional, por se tratar do regular exercício da função de polícia administrativa. Do mesmo modo, em *Welch v. Swasey*, 214 US 91 (1909)³⁸, a Suprema Corte considerou constitucional diploma urbanístico de Massachusetts, que limitava a altura dos prédios naquela localidade.

³⁶ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Tahoe-Sierra Preservation Council, Inc. v. Tahoe Regional Planning Agency*. 535 U.S. 302, 321-22 (2002)

³⁷ Confira-se trecho da decisão: “The court there said that the effect of the ordinance was to absolutely deprive the owners of real property within such limits of a valuable right incident to their ownership, viz., the right to extract therefrom such rock and stone as they may find it to their advantage to dispose of.’ The court expressed the view that the removal could be regulated, but that an absolute prohibition of such removal under the circumstances’ could not be upheld. (239 US 394)

³⁸ Confira-se trecho da decisão: “There is here a discrimination or classification between sections of the city, [...] if the means employed, pursuant to the statute, have no real, substantial relation to a public object which government can accomplish, if the statutes are arbitrary and unreasonable, and beyond the necessities of the case, the courts will declare their invalidity [...] feels the greatest reluctance in interfering with the well-considered judgments of the courts of a state whose people are to be affected by the operation of the law [...] the particular circumstances prevailing at the place or in the state where the law is, to become operative [...] are all matters which the state court is familiar with; but a like familiarity cannot be ascribed to this court [...] is entitled to the very greatest respect, and will only be interfered with, in cases of this kind, where the decision is, in our judgment, plainly wrong.” (214 US 91)

Todavia, como ressaltam Joel R. Burcat e Julia M. Glencer³⁹ o tema ganha em complexidade quando o “governo promulga uma lei, emite um regulamento ou se recusa a autorizar uma atividade que exige uma autorização emitida pelo governo, reduzindo ou eliminando o valor da propriedade privada”. São hipóteses em que, a pretexto de exercer a função de polícia administrativa, por meio de regulamentos genéricos, o Poder Público reduz o proveito econômico da propriedade. Nessas hipóteses, como assevera Edward Ziegler⁴⁰, cabe ao Poder Judiciário “buscar estabelecer a dicotomia principiológica entre o exercício regular do poder de polícia, exonerando de contrapartida compensatória, e a ação regulatória que retire do particular benefício pelo qual deveria ser economicamente reparado”. Isto é, caberá ao Poder Judiciário analisar as possíveis limitações ao exercício do poder de polícia, quando este subtraia parcela do direito de propriedade de um particular⁴¹.

O exercício da função de polícia nos Estados Unidos sempre se apresentou de forma acentuada, em razão da inexistência de um regime típico de serviços públicos (*publicatio*) naquele país. Diferentemente da concepção francesa de serviços públicos – oriunda da escola de Bordeaux, capitaneada por Leon Duguit⁴² e Gaston Jèze⁴³ –, as atividades econômicas nos EUA sempre foram titularizadas pela iniciativa privada. Contudo, determinadas atividades, em razão da sua relevância transindividual, são submetidas aos influxos da regulação estatal: as denominadas *public utilities*. Em termos diretos, naquele país, o exercício da função de polícia administrativa, decorrente do poder extroverso estatal, tem incidência não só nas atividades essencialmente

³⁹ GLENCER, Julia M.; BURCAT, Joel R. *The Law of Regulatory Takings*. Editora, 2002. p. 3. Disponível em: <http://www.klgates.com/files/tbl_s48News/PDFUpload307/7641/burcatwhtpaper.pdf>.

⁴⁰ ZIEGLER, Edward H. Partial Taking Claims, Ownership Rights in Land and Urban Planning Practice: The Emerging Dichotomy between Uncompensated Regulation and Compensable Benefit Extraction Under the Fifth Amendment Takings Clause. *Journal of Land, Resources & Environmental Law*, v. 22, n. 1, 2002, p. 497.

⁴¹ CLAEYS, Eric R. Takings, Regulations, and Natural Property Rights. *Cornell Law Review*, v. 88, n. 6, 2003. Disponível em: <<http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2934&context=clr>>.

⁴² V. DIGUIT, Leon. *Las Transformaciones del Derecho Público*. Espanha: Editora Anacleto. 2009.

⁴³ V. JÈZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. T. II. 6 v. Trad. Julio N. San Millan Almargo. Buenos Aires: Depalma, 1948.

privadas, como nas atividades privadas que veiculem relevantes interesses públicos⁴⁴. Nesse sentido, Caio Tácito⁴⁵, ao comentar o exercício da função de polícia nos Estados Unidos, afirma que “entre as formas do poder administrativo (*administrative powers*) se colocam as várias modalidades do poder de polícia, no sentido atribuído à expressão pelo Direito Administrativo. Em prosseguimento, conclui que “seja pelo poder regulamentar (*rule-making power*) como pela faculdade de ordenar ou executar (*directing* ou *summary powers*) não são estranhos à doutrina americana os processos de ação da polícia administrativa”.

Essa pode ter sido uma das razões pelas quais aquele país fora precursor no tema das expropriações regulatórias (*regulatory takings*). Por conta disso, tal instituto não se adequa, integralmente, ao ordenamento jurídico pátrio. As diferenças entre a regulação da propriedade no sistema norte-americano e as atividades econômicas que veiculam relevante interesse público impedem a sua incorporação, *tout court*, ao ordenamento jurídico brasileiro.

Como visto, esse fenômeno não fora objeto de uma construção doutrinária nos Estados Unidos. A Teoria das Expropriações Regulatórias foi criada pela Suprema Corte, isto é, em sede jurisprudencial. Daí porque, nos próximos parágrafos, serão apresentados os principais precedentes nos quais se examinou essa temática. Registre-se que esses precedentes não foram escolhidos de forma aleatória. A ordem de apresentação será a cronológica. Preferiu-se, a bem da didática, não ordená-los por “fases”, ou “períodos” – como fizeram outros autores⁴⁶. Nada obstante, serão

⁴⁴ Como bem esclarece Gustavo Kaercher Loureiro: “O direito norte-americano intensificou e potencializou antigas doutrinas da *common law* que, em certos casos, asseguravam ao Estado um poder de polícia *tonificado*, que desaguava em diferentes formas de regulação “invasiva” (para os padrões liberais), como aquela concorrencial (de aplicação geral) e outra (de aplicação especial), incidente em algumas atividades econômicas particularmente sensíveis do ponto de vista social e que, contemporaneamente, apresentavam certas *disfunções* (estruturais ou conjunturais). De regra, a resposta norte-americana não consistia em “publicizar” a atividade econômica em questão, mas em submetê-la a uma disciplina jurídica peculiar, que incluía controle de preços, padrões do serviço e fiscalização estrita e abrangente, realizada por entidades dotadas de poderes normativos, fiscalizatórios e quase jurisdicionais (as agências): era o modelo da *regulation of public utilities*, em desenvolvimento intenso desde o final do século XIX”. (LOUREIRO, Gustavo Kaercher. “Monopólio” e “serviço público” nas Constituições brasileiras (1891-1934). *Revista de Direito Administrativo* - RDA, Rio de Janeiro, v. 256, pp. 47-93, jan./abr. 2011)

⁴⁵ TÁCITO, Caio. O poder de polícia e seus limites. *Revista de Direito Administrativo* – RDA, Rio de Janeiro, v. 27, pp. 1-11, 1952. p. 10.

⁴⁶ Como, por exemplo, SWETT, Rodrigo Delaveau. La regulación expropiatoria en la experiencia Norteamericana. *Revista Chilena de derecho*, Santiago, v. 33, n. 3, pp. 411- 438,

apresentados comentários incidentais aos referidos julgados, para o fim de se (tentar) extrair alguns parâmetros das decisões da Suprema Corte, que sirvam de norte para a apresentação de uma proposta para a sua disciplina no Brasil.

O primeiro caso enfrentado pela Suprema Corte norte-americana sobre esse tema foi o *Pennsylvania Coal Co. v Mahon*, 260 US 393 (1922). Em termos comparativos, seria o “*Marbury v. Madison*” da expropriação regulatória. Na ocasião, a Suprema Corte, expressamente, consagrou a Teoria da Expropriação Regulatória (*regulatory takings*), ao afirmar que a intervenção do governo sobre o uso da propriedade, ainda que não represente uma apropriação física, poderá se caracterizar como expropriatória.

O referido caso teve origem na exploração mineral de carvão realizada, em 1877, em Scranton, no Estado da Pensilvânia, por meio da empresa Pennsylvania Coal Co. Em 1878, a Pennsylvania Coal Co. celebrou contrato de compra e venda com o Sr. H.J Mahon, por meio do qual alienou o direito de superfície do terreno que explorava. No entanto, em 1921, o estado da Pensilvânia aprovou a denominada “Lei Kohler”, a qual tinha por objeto a proibição da exploração de carvão abaixo da superfície de área construída. Sucede que, quando a referida companhia notificou a família Mahon de que iria extrair o carvão presente no subsolo de sua propriedade, teve sua exploração vedada, ao argumento que essa atividade seria ilegal.

Posteriormente, a herdeira da família Mahon entrou com uma ação para proibir a exploração de minério no subsolo de sua propriedade, com fundamento na Lei Kohler. Em sua defesa, a Pennsylvania Coal Co. sustentou que a impossibilidade de explorar carvão no referido subsolo violava o seu direito de propriedade (sob um aspecto de proteção contratual) protegido pela V Emenda à Constituição norte-americana. A referida demanda fora julgada procedente pelo Supremo Tribunal da Pensilvânia. Em sede recursal, a Suprema Corte norte-americana, reformando a decisão do tribunal estadual, se posicionou no sentido de que o Estado se excedeu no exercício do seu poder de polícia, de sorte a causar uma significativa redução do valor da propriedade da mineradora. Nas palavras do *Justice* Oliver Wendell Holmes Jr.⁴⁷, relator do caso, que sumariza o posicionamento daquela Corte: “Na nossa opinião, não se trata do exercício

2006. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372006000300001&script=sci_arttext>. Acesso em: 04/04/2015.

⁴⁷ HOLMES JR., Oliver Wendell. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/260/393>>. Acesso em: 23/04/2015.

do poder de polícia, na medida em que afeta a mineração de carvão em ruas ou cidades em lugares onde havia um direito exploratório de natureza econômica (tradução livre)”.

Em outra oportunidade, porém, a Suprema Corte Americana se posicionou de forma diversa. Trata-se do precedente *Penn Central Transportation Co. v New York City*, 438 US 104, de 1978, usualmente denominado, simplesmente, como “Penn⁴⁸”. Na ocasião, a Penn Central Transportation Co. celebrou contrato de arrendamento para explorar o *Grand Central Terminal* (Terminal Central) de Nova York. Ocorre que, no bojo desta relação contratual, pretendia construir um edifício comercial de cerca de 50 andares na referida estação. Nada obstante, tal construção estava em desacordo com a Lei de Preservação de Marcos Históricos de Nova York, a qual qualificava o *Grand Central Terminal* como um imóvel que não poderia ser descaracterizado. Uma espécie de “tombamento”, se formos nos utilizar de instituto previsto no ordenamento jurídico pátrio. Por esse motivo, a Comissão de Preservação de Marcos Históricos de Nova York interditou a referida construção.

Inconformada, a companhia ajuizou demanda em face daquela cidade, ao argumento de que tal vedação teria caráter expropriatório, posto que reduziria o retorno razoável do investimento aportado naquele empreendimento. Contudo, a referida demanda foi julgada improcedente. Na referida decisão, a Suprema Corte concluiu que a Lei de Nova York não interferiu na utilização do referido empreendimento, na qualidade de terminal ferroviário. Além disso, deixou consignado que, a despeito de tal restrição urbanística, ainda havia espaços que poderiam ser explorados comercialmente pela empresa privada. Por tais razões, concluiu que não ocorreu alteração significativa do retorno razoável do investimento agente privado, o que descaracteriza essa regulação como expropriatória.

Esse precedente se apresentou como relevante por dois aspectos. Primeiro, porque criou o conceito de “*taking partial*”, o qual teria o condão de retirar o caráter expropriatório de uma regulação. Segundo, porque introduziu o teste tripartite na avaliação do caráter expropriatório de uma regulação. De acordo com esse teste, para que uma regulação seja expropriatória, dever-se-ia analisar se: (i) há uma intervenção física permanente na propriedade dos particulares; (ii) houve uma alteração nas expectativas razoáveis do particular; e (iii) houve um excesso – como em “Mahon” –,

⁴⁸ LOUIS, Henkin. Infallibility under Law: Constitutional Balancing. *Columbia Law Review*, v. 78, n. 5, jun. 1978. p. 1022.

que impedisse qualquer outro uso econômico do bem, ou que lhe retirasse suas principais características.

Outro precedente digno de nota acerca desta temática foi *Agins v. Tiburon*, 447 US 255, de 1980. Tratou-se de demanda que versava sobre a regulação trazida por Lei de Zoneamento Urbano. No caso concreto, os Agins adquiriram cinco hectares de terra na cidade de Tiburon, no estado da Califórnia, com o objetivo de construir uma espécie de condomínio residencial naquela localidade. Entretanto, de acordo com plano de urbanização da cidade, a área adquirida seria dedicada a habitações unifamiliares, edifícios acessórios e a usos de espaço aberto, com restrições de densidade locacional. Por conta disso, a referida família teve de construir um número limitado de residências em seu terreno. Em razão dessa limitação ao seu direito de construir, os Agins levaram sua situação à apreciação do Poder Judiciário. Em sede recursal, a Suprema Corte denegou seu pedido indenizatório, ao argumento de que a cidade agiu razoavelmente, e que as decisões gerais de planejamento municipal não violam a V Emenda à Constituição Norte-Americana. Ao ver da Suprema Corte, essas leis seriam legítimas, porquanto visam à proteção da beleza cênica, do lazer e dos recursos naturais.

Outro precedente que merece referência é *Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp.* O caso versava sobre uma Lei que permitia que a *Teleprompter Manhattan CATV Corp.*, uma sociedade privada que prestava serviços de telecomunicações (de TV a cabo), utilizasse o topo dos edifícios residenciais para a instalação de seus equipamentos, mediante o pagamento de contraprestação a uma Comissão instituída pelo Poder Público. Sucede que a Sra. Loretto, após adquirir um prédio de cinco andares naquela região, constatou que o seu imóvel era utilizado para a instalação dos equipamentos da referida empresa.

Em razão disso, ingressou com uma ação coletiva em face do Poder Público, pleiteando indenização por danos morais e materiais face à expropriação suportada por sua propriedade. A Suprema Corte, conduzida pelo *Justice Marshall*, considerou que a ocupação física permanente da propriedade violava a eficácia dos direitos dos proprietários, reconhecendo o caráter expropriatório da Lei que favorecia à *Teleprompter*. O ponto a se destacar nesse precedente foi a consagração da regra “*per se de Loretto*”, segundo a qual a “invasão física” da propriedade privada, pelo Estado, gera o dever de indenizar. Note-se que não se trata de hipótese de transferência física da propriedade privada, mas de uma regulação que resultou na invasão física da propriedade privada.

A questão da “duração” da restrição ao direito de propriedade foi debatida no precedente *Igreja Evangélica Luterana de Glendale v Condado de Los Angeles*, 482 US 304. O precedente versava sobre a aquisição de um terreno, pela referida igreja, em 1957, no qual aquela instituição instalara um acampamento denominado “Lutherglen”, que servia para o lazer de crianças deficientes. Ocorre que o referido terreno estava localizado próximo às margens de um rio, o qual servia como um canal de drenagem natural de uma bacia hidrográfica. Em 1978, uma inundação, de grandes proporções, destruiu os imóveis construídos em Lutherglen. Em razão disso, em 1979, o Condado de Los Angeles expediu uma portaria proibindo a reconstrução dos imóveis naquela localidade, tendo por motivação a proteção das pessoas que ali residiam. Contudo, essa proibição de construir vigorou durante um curto espaço de tempo, em razão de a referida portaria ter sido anulada. Ainda assim, a Igreja Evangélica Luterana de Glendale, embora tenha conseguido construir seu acampamento, ajuizou uma demanda em face do Poder Público, ao argumento de que o tempo que ficou sem poder construir em seu terreno lhe causou prejuízos. A questão que se colocava era a seguinte: a tomada temporária da propriedade seria passível de indenização? A Suprema, ao apreciar essa questão, concluiu que a “anulação da portaria, sem o pagamento de valor justo para o uso da propriedade durante esse período, seria um remédio constitucional insuficiente, configurando-se como expropriatória”.

Outro aspecto também enfrentado pela Suprema Corte sobre este tema disse respeito à restrição ao direito de propriedade como condicionante para outorga de consentimento administrativo. Essa questão fora debatida no caso *Nollan v Comissão Costeira da Califórnia*, 483 US 825. Cuidou-se de hipótese em que o casal James e Marilyn Nollan adquiriu um terreno, à beira-mar, no Estado da Califórnia, a fim de nele construir um imóvel. Por se tratar de área com potenciais impactos urbanísticos, precisaram pleitear licença de construir à Comissão Costeira daquela localidade. Ao analisar o pedido dos Nollans, a referida comissão condicionou a obtenção da referida licença à manutenção de uma via pública, em sua propriedade.

O referido casal ingressou com uma demanda em face do Estado, ao argumento de que essa exigência seria expropriatória. A Suprema Corte, em julgamento conduzido pelo *Justice Scalia*, concluiu que: (i) o estado da Califórnia, por meio de sua Comissão Costeira, tem autoridade para estabelecer a referida limitação às propriedades localizadas à beira-mar; e (ii) se o Estado pretendia utilizar o seu domínio eminente para fazer tal exigência, deveria pagar uma compensação justa aos Nollans e aos demais

proprietários de imóveis à beira-mar, que estivessem na mesma situação. Veja-se que, nesse caso, não se tratou de um ato normativo, genérico e abstrato, mas de um ato concreto, decorrente do consentimento de polícia estatal, no qual fora imposta uma obrigação expropriatória.

Outro precedente digno de registro é *Lucas v Conselho da Costa da Carolina do Sul*, 505, US 1003, de 1992, o qual parece retratar todos os entendimentos acima expostos. Cuidou-se de caso em que Lucas comprou dois lotes residenciais em terrenos à beira-mar, no Estado da Carolina do Sul, com a intenção de construir casas naquela localidade. Quando da celebração dos contratos de compra e venda relativos a tais propriedades, os referidos imóveis não estavam sujeitos a nenhuma restrição. Sucede que, quando Lucas foi levar a efeito o registro dessas propriedades, foi editada norma que estabelecia restrições urbanísticas ao direito de construir naquela localidade.

Por conta disso, Lucas ingressou com uma demanda em face do Estado, alegando que a referida limitação ao seu direito de construir reduzira o valor econômico de sua propriedade. Ao apreciar a questão, a Suprema Corte dos Estados Unidos, sob a condução, mais uma vez, do *Justice* Scalia, conclui que o proprietário sofreu uma expropriação, em razão da depreciação do seu direito de propriedade. Esse precedente fora paradigmático, em razão de ter sido o mote para a criação do conceito de “*Taking Categórica*”. De acordo com a Corte Superior, a “*Taking Categórica*”, ou seja, uma “expropriação evidente”, teria lugar em duas hipóteses: (i) quando ocorresse a invasão física da propriedade; e (ii) quando uma regulação retirar todo o benefício econômico de uma propriedade. Na mesma oportunidade, a Suprema Corte apontou três diretrizes que devem orientar a avaliação do caráter expropriatório de uma regulação: (i) a *adoção da teoria do sacrifício*, que será aplicada quando todo o proveito econômico da propriedade for suprimido, o que indicará o seu caráter expropriatório; (ii) o dever de aferição se a regulação violou as expectativas que o particular tinha sobre o proveito econômico da sua propriedade; e (iii) a adoção do *princípio da especialidade*, que aponta para uma análise casuística de cada caso concreto, de modo que não seria possível o estabelecimento de uma fórmula universal, para se aferir se determinada regulação é expropriatória.

Em outra oportunidade, a Suprema Corte evoluiu o seu entendimento no sentido de que a expropriação regulatória pode se caracterizar não só pela supressão de direitos de propriedade, como pela impossibilidade do seu incremento. Cuidou-se do precedente *Dolan v Cidade de Tigard*, 512 US 374, de 1994, em que a Sra. Florence Dolan,

proprietária de uma loja de materiais hidráulicos, solicitou a sua expansão junto à Comissão de Planejamento da Cidade de Tigard. Ocorre que, na análise deste procedimento administrativo, o referido órgão impôs duas condições para o deferimento deste pedido: (i) que ela cedesse parte de seu terreno, para a construção de um canteiro, o qual contribuiria para evitar inundações naquela região; e (ii) que ela cedesse outra parcela de seu terreno, com o objetivo de que fosse construída uma via para pedestres e ciclistas, com objetivo de desafogar o tráfego.

A Suprema Corte considerou que tais exigências do Poder Público foram expropriatórias, na medida em que a cidade: (i) não apresentou provas conclusivas de que o trecho destinado à calçada/ciclovía contribuiria para reduzir o congestionamento de tráfego; e (ii) não demonstrou que os benefícios justificam as condições impostas. Como se pode perceber, nesse caso, a Suprema Corte fundamentou sua decisão mais na ausência de motivação da restrição ao direito de propriedade do que na eventual redução patrimonial suportada pelo particular. O importante, porém, é que se consignou que a expropriação regulatória poderá ter lugar não só na supressão de direitos de propriedade, mas, também, na redução da possibilidade que o particular tem de expandi-lo.

Por fim, cite-se *Lingle v Chevron EUA Inc.*, em que a Suprema Corte analisou os limites à intervenção do Estado nas relações comerciais entre particulares. Cuidou-se do exame de Lei do Havaí que limitava o aluguel que as empresas petrolíferas cobravam dos postos de gasolinas. Inconformada, a Chevron USA ajuizou ação perante o Tribunal Distrital Federal, alegando que a referida limitação de aluguel se tratou de uma expropriação ao seu direito de propriedade, posto que o poder público estava se imiscuindo em relações privadas. Ao apreciar esta demanda, a Suprema Corte entendeu que a “regulation amounts to a taking if it requires an owner to suffer a permanent physical invasion of the property or if it deprives the owner of all beneficial use of the property.” De acordo com o entendimento da referida corte, o parâmetro do “interesse do Estado na relação”, não é fator determinante para a caracterização de expropriação.

Da análise desses precedentes, é possível sumariar, em proposições objetivas, algumas diretrizes adotadas pela Suprema Corte dos Estados Unidos no julgamento de casos que envolviam o tema das *regulatory takings*:

- (i) o exame da matéria é casuístico, como ressaltado em *Lucas v Conselho da Costa da Carolina do Sul*, isto é, não foram criados

parâmetros de avaliação apriorísticos que possam ser utilizados em todas as hipóteses em que há restrições ao direito de propriedade por atos regulatórios;

- (ii) as regulações que resultem em “invasão física” e no “aniquilamento integral do valor econômico” da propriedade serão, *per se*, expropriatórias (como visto em *Loretto* e em *Lucas*);
- (iii) a questão temporal não é determinante para a avaliação da natureza expropriatória de uma regulação (como visto em *Igreja Evangélica Luterana de Glendale*);
- (iv) as expropriações regulatórias podem ter lugar na prática de atos administrativos concretos, a exemplo de atos que veiculem o consentimento de polícia (como visto em *Nollan*);
- (v) a expropriação regulatória pode ter lugar não só na supressão dos direitos de propriedade, como na redução da possibilidade que o particular tem de expandi-lo (como visto em *Dolan*); e
- (vi) a intervenção do Poder Público, *per se*, em relações privadas não se configura como expropriatória (como visto em *Chevron*).

1.2 A Doutrina Norte-Americana

Neste item, apresentar-se-á o pensamento de alguns autores que enfrentaram o tema da expropriação regulatória (*regulatory takings*) nos Estados Unidos. Não se trata de uma seleção exaustiva⁴⁹. O levantamento do pensamento dos principais autores que examinaram essa temática naquele país se mostra relevante, na medida em que retrata consensos mínimos acerca de atos estatais que se configuram como expropriatórios. A apresentação dos autores adotará os critérios da relevância e da complementariedade.

Antes, porém, é relevante apontar a origem dos debates doutrinários acerca dos limites à intervenção estatal na propriedade privada. E eles não têm origem nos Estados Unidos, mas na Inglaterra. Os referidos embates tiveram origem com a edição da Magna

⁴⁹ Até mesmo porque fugiria ao escopo desse trabalho apresentar uma ampla pesquisa acerca da doutrina estadunidense sobre esta temática, pelas seguintes razões: a uma, porque se trata de teoria surgida em âmbito jurisprudencial, de sorte que, a nosso juízo, a importância da pesquisa doutrinária, neste particular, se mostra reduzida; a duas, porque, na medida em que o objetivo desta dissertação é investigar como esse fenômeno pode vir a ser disciplinado pelo ordenamento jurídico pátrio, não se vê utilidade na ampla investigação de uma doutrina calcada em um sistema normativo baseado na Common Law.

Carta, em 1215, pelo Rei João-Sem-Terra. Especificamente, com o disposto no art. 39 daquele documento, cuja redação é a seguinte:

“nenhum homem livre será detido ou aprisionado, ou privado de seus direitos ou bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou despojado, de algum modo, de sua condição; nem procederemos com força contra ele, ou mandaremos outros fazê-lo, a não ser mediante o legítimo julgamento de seus iguais e de acordo com a lei da terra”.

A partir desta previsão, inauguraram-se os clássicos debates entre John Locke e Thomas Hobbes⁵⁰ acerca das características do direito de propriedade. Para este, a propriedade é uma criação do Estado-Leviatã, não sendo inerente ao ser humano, razão pela qual seria admitida a sua supressão pelo Estado; para aquele, a propriedade seria um direito natural, inerente à condição humana. Essa divergência influenciou o surgimento da *Taking Clause*, consagrada pela V Emenda à Constituição Estadunidense. Isto porque, se, por um lado, a propriedade é um direito inerente aos cidadãos americanos, por outro, ao Estado é autorizada a tomada deste bem, desde que obedeça *ao devido processo legal* e mediante *o pagamento de uma justa indenização*. A *ratio* dessa procedimentalização é a de que não seria justo que apenas alguns indivíduos suportassem restrições ao seu direito de propriedade em prol de um benefício que será aferido por toda a sociedade.

Dos autores estadunidenses pesquisados, extrai-se que a doutrina sobre a expropriação regulatória teve por objetivo, basicamente, comentar a jurisprudência da Suprema Corte. O autor de maior destaque – em razão de seu pioneirismo – que tentou estabelecer balizas para a caracterização de regulação com efeitos expropriatórios

⁵⁰ Hobbes acredita que a propriedade só existe no estado civil, e que é uma criação do Estado (Leviatã), logo, podemos dizer que no estado de natureza a questão da propriedade é inexistente. Com efeito, por ser fruto do Estado, a *propriedade pode ser suprimida por este*. Seguindo uma lógica contrária temos o pensamento de Locke, que acredita na propriedade sendo, assim como o estado de natureza, anterior à sociedade. Podemos dizer, então, que a propriedade é um direito natural e inviolável. Outro ponto interessante de discutirmos acerca da questão da propriedade lockiana é a transição da propriedade limitada para a propriedade ilimitada e o advento do capitalismo. A princípio, a propriedade era limitada pela capacidade de trabalho do indivíduo, com o surgimento do dinheiro, as formas de aquisição da propriedade foram modificadas pelo comércio, com isso, passou-se a se adquirir a propriedade tanto pelo trabalho quanto pela compra. A esse respeito *vide*: HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Trad. João Paulo Monteiro e Beatriz Nizza Silva. Nova Cultural, Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf>. Acesso em: 05nov. 2015. Vide também: LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Trad. Júlio Fischer. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 405/406.

(*regulatory takings*), certamente, foi Richard Epstein; daí a relevância de se apresentar, com maior vagar, o pensamento deste autor, o que será feito nos próximos parágrafos.

De acordo com Epstein⁵¹, presume-se que todas as intervenções regulatórias sejam elas compensáveis, ou não, se subordinam à cláusula de domínio eminente. Assim, para o referido autor, a questão controvertida se apresenta quando as limitações sofridas pelo indivíduo não são profundas, e o dano sofrido é considerado “*damnum absque injuria*” (“perda sem dano”). Dito em outros termos, para o referido autor, o surgimento da doutrina da “*regulatory takings*” está relacionada à intervenção estatal na propriedade privada parcial, sem o pagamento da respectiva indenização⁵². A seu ver, a propriedade privada não poderia ser objeto de escolhas coletivas; deveria ser utilizada pelo próprio indivíduo, sem que houvesse espaços para intervenções do governo, ou de maiorias episódicas.

Nesse sentido, Epstein estabelece quatro parâmetros para que se possa aferir se determinada regulação foi expropriatória, os quais se materializam nos seguintes questionamentos⁵³: (i) aconteceu o esvaziamento do direito de propriedade? – “*Is there a taking of private property?*”; (ii) existe justificativa para a expropriação? – “*Is there any justification for taking that private property?*”; (iii) a limitação é feita em razão de algum benefício público? – “*Is the taking for a public use?*”; e (iv) foi estipulada alguma indenização compensatória para a tomada da propriedade? – “*Is there any compensation for the property so taken?*”.

Já para Frank Michelman⁵⁴, a análise do caráter expropriatório de uma regulação deve considerar uma fórmula utilitarista. Para tanto, ele estabelece os seguintes conceitos: (i) *Efficiency gains*: os ganhos de eficiência seriam o resultado da diferença

⁵¹ EPSTEIN, Richard. *Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain*. Cambridge: Harvard University Press, 1984. p. 102.

⁵² Em prosseguimento, afirma: “The conclusive presumption should be that all regulation, whether or not compensable, falls within the eminent domain clause. One doctrinal issue among many should be sufficient to illustrate the general point. In deciding whether certain forms of regulation are unreasonable, it is often said that courts should take into account the ‘diminution in value’ brought about by the regulation in question. It is said that the Constitution does not protect ‘mere economic values’ from depreciation by government action. The basic point is that where those diminutions are not so overwhelmingly large, the harm suffered by the individual landowner should be regarded as *damnum absque iniuria*, and hence not compensable by the state”. EPSTEIN, Richard. Ob. cit., p. 102.

⁵³ EPSTEIN, Richard. Ob. cit., p. 31.

⁵⁴ MICHELMAN, Frank. Property, Utility, and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of 'Just Compensation' Law. *Harvard Law Review*, Boston, v. 80, 1967. p. 1214.

entre os benefícios trazidos pela regulação e as perdas dela decorrentes; (ii) *Demoralization costs*: seria o cálculo dos prejuízos e dos efeitos decorrentes da regulação; e (iii) *Settlement costs*: seriam os frutos da avaliação dos prejuízos e a forma para alcançar uma compensação. Após o estabelecimento desses conceitos, Michelman entende que o juiz deve realizar os seguintes testes, para aferir o caráter expropriatório de uma regulação⁵⁵: (i) se os “*efficiency gains*” forem menores que os “*demoralization costs*” e/ou “*settlement costs*”, o ato expropriatório tem de ser afastado; (ii) se os “*settlement costs*” forem menores que os “*efficiency gains*” e os “*demoralization costs*”, deverá haver compensação; e (iii) se os “*demoralization costs*” forem menores que os “*settlement costs*” e os “*efficiency gains*”, o ato será válido, não havendo necessidade compensação por parte do Estado.

Susan M. Stedfast, por sua vez, faz uma análise de diversos precedentes da Suprema Corte Norte-Americana sobre o fenômeno da expropriação regulatória. Segundo Stedfast, a Suprema Corte entende que uma regulação será expropriatória⁵⁶: (i) se o impacto econômico da regulação na propriedade for relevante; (ii) se regulação interferir nas expectativas de investimento do proprietário; e (iii) se a ação governamental não veicular um relevante interesse público.

Em prosseguimento, a referida autora afirma que o aspecto mais relevante para a Suprema Corte é o “fardo” econômico que recai sobre o proprietário em razão da regulação – o qual deverá incidir sobre toda a propriedade, e não, apenas, em parte dela. Destarte, conclui que, embora a Suprema Corte tenha estabelecido alguns critérios, a análise do caráter expropriatório da regulação sempre será casuística⁵⁷. Stedfast ressalta, ainda, que o proprietário deverá ser compensado, mesmo que o ato seja invalidado, eis que a Corte vem considerando o tempo efetivo que o indivíduo foi privado de sua propriedade⁵⁸. Além disso, a referida autora afirma que a Suprema Corte vem estabelecendo um requisito de procedibilidade para a análise desses casos, qual seja o de que se trate de manifestação final da entidade competente, do qual não caiba mais questionamento por parte do proprietário⁵⁹.

⁵⁵ MICHELMAN, Frank. Ob. cit., p. 1217.

⁵⁶ STEDFAST, Susan M. *Regulatory Takings: A Historical Overview and Legal Analysis for Natural Resource Management*. Pinchot Institute for Conservation, April 1997. p. 76.

⁵⁷ STEDFAST, Susan M. Ob. cit., p. 76-77.

⁵⁸ STEDFAST, Susan M. Ob. cit., p. 77.

⁵⁹ STEDFAST, Susan M. Ob. cit., p. 77.

Nada obstante, nem todos os autores estadunidenses são favoráveis à Teoria da Expropriação Regulatória. J. Peter Byrne, em artigo denominado “Ten Arguments for the Abolition of the Regulatory Takings Doctrine”⁶⁰, publicado em 1995, pela Universidade de Berkeley, se posiciona frontalmente contra essa teoria. De acordo com Byrne, as regras vigentes sobre este tema seriam uma miscelânea que a Suprema Corte é incapaz de explicar. Para o referido autor, essa doutrina protege o interesse econômico de preservação da propriedade privada em detrimento de novas iniciativas ambientais.

Para Byrne, nem o texto da 5ª Emenda à Constituição Norte-Americana, nem as circunstâncias da sua adoção sugerem que os constituintes tinham alguma expectativa de que a “*Takings Clause*” fosse utilizada para respaldar uma limitação regulatória do uso da terra por parte do governo. De acordo com o autor, a parte final da 5ª Emenda estabelece que: “a propriedade privada não pode ser tomada para uso público, sem a justa e devida compensação”, não havendo qualquer referência sobre os efeitos econômicos de atividades governamentais. Isto porque, em sua visão, a palavra “tomada” (“*taken*”) no texto é bastante categórica, não deixando margem que autorize qualquer interpretação que não seja a de um confisco.

O autor fundamenta o seu entendimento em um estudo histórico, o qual conclui que James Madison, autor da 5ª Emenda, pretendia que esta cláusula fosse, apenas, aplicada em casos de tomadas físicas de propriedade. De acordo com o autor, o redator da referida emenda foi motivado pelo fato de que algumas terras foram expropriadas para a construção de rodovias e de estabelecimentos militares, sem o pagamento de qualquer indenização aos proprietários.

A outra crítica de Byrne⁶¹ é no sentido de que a decisão do Juiz Holmes, no caso *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*, considerado o precedente que deu origem à Teoria da Expropriação Regulatória, seria curta e defeituosa. De acordo com ele, nessa decisão: (i) não há referência a nenhum antecedente jurisprudencial que justifique a decisão tomada; (ii) o julgador não se baseou em princípios constitucionais; (iii) a decisão não monetiza o tamanho do dano sofrido pela empresa; e (iv) atribui-se uma finalidade legislativa para o *Kohler Act* totalmente inadequada, tendo em vista que o Juiz Holmes insiste em tratar o caso como uma disputa particular em detrimento de direitos constitucionalmente

⁶⁰ BYRNE, J. Peter. Ten Arguments for the Abolition of the Regulatory Takings Doctrine. Ecology L.Q., New York, 22, 1995. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/elq/vol22/iss1/2>>. Acesso em: 15/12/2015

⁶¹ EPSTEIN, Richard A. Takings, Descent and Resurrection. *Sup. CT. REV.*, 1, 1987. p. 44.

protegidos. A seu ver, essa teoria seria frágil, porque não foram definidos parâmetros seguros de quando a regulação no uso de terras vai “longe demais”.

Outro argumento apontado pelo autor é o de que interpretação expansiva da doutrina da expropriação regulatória se tornou o ponto central da escola conservadora de juristas e ativistas políticos, que se uniram com o objetivo de prejudicar as bases constitucionais do Estado Regulatório Ambiental. A seu ver, até mesmo os partidários das visões liberais de Epstein rejeitaram sua teoria, por entenderem que essa construção abalaria a presunção de validade constitucional dada ao processo político de produção de normas.

Em prosseguimento, o referido autor afirma que o argumento de que as perdas impostas aos proprietários seriam compensadas por razões de equidade e de justiça não se sustenta. Para ele, a eliminação da doutrina da expropriação regulatória não causaria uma perda social sistemática, posto que a questão não reside no fato de que não é possível a existência de regulações que gerem ônus a um indivíduo, mas, sim, na presunção de que o processo político não pode tratar de tais possibilidades.

Ao final deste item, é possível inferir que a doutrina estadunidense selecionada apresenta parâmetros similares aos estabelecidos pela jurisprudência da Suprema Corte para a identificação do caráter expropriatório de uma regulação. Nada obstante, destaca-se o pensamento de Michelman, que parece adotar um critério de “custo-benefício”, para avaliar os impactos expropriatórios de uma regulação, o qual pode vir a ser utilizado na disciplina desse instituto no ordenamento jurídico pátrio, como será demonstrado no quinto e último capítulo desta dissertação.

1.3 Alguns exemplos da disciplina jurídica das expropriações normativas em países Europeus e Sul-Americanos

As expropriações normativas vêm sendo disciplinadas de diferentes formas, tanto nos países Europeus, quanto nos países Sul-americanos. Por conta disso, nesse item, será realizado um apanhado da legislação de alguns países que disciplinam esse tema, com o objetivo de se buscar substratos para a apresentação de uma proposta para a sua disciplina pelo ordenamento jurídico pátrio.

Na Itália, por exemplo, esse instituto é denominado como “expropriações anômalas”, as quais vêm servindo, inclusive, para a revisão do próprio conceito de

desapropriação por utilidade pública⁶². Essa revisão do conceito de desapropriação tem lugar, nas palavras de Giuseppe Santaniello⁶³, em razão dos seguintes fatores: (i) quando é omitida a concessão da indenização; (ii) porque determinadas medidas, embora não alterem formalmente a titularidade da propriedade, esvaziam o seu conteúdo; e (iii) porque o procedimento ablativo atinge as mesmas finalidades da desapropriação, ainda que seja voltado para outra finalidade.

Sobre o tema, o Tribunal Constitucional Italiano, ao proferir o Acórdão nº 260/1976⁶⁴, se posicionou no sentido de que seria constitucionalmente ilegítimo, por violação ao art. 42, parágrafo terceiro, da Constituição daquele país, a instituição de restrição decorrente de zoneamento urbanístico, sem um prazo pré-determinado e sem o pagamento de indenização aos proprietários afetados naquela região. Em outra oportunidade, a mesma Corte Constitucional, ao proferir o Acórdão nº 390/2000, concluiu que o art. 7º da Lei nº 24 de dezembro de 1976, que conferiu às forças armadas a prerrogativa de instituir limitações ao direito de propriedade de terceiros, sem o pagamento de indenização, seria inconstitucional⁶⁵.

Na Alemanha, o tema é disciplinado pelo art. 14, alínea 3, da sua Constituição, que tem seguinte redação:

⁶² Esse instituto tem fundamento no art. 2º e 42 da Constituição daquele país, cuja redação é a seguinte: “Art. 2 - A República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, como indivíduo e em grupos sociais, onde ele expressa sua personalidade, e exige o cumprimento dos deveres obrigatórios de solidariedade política, económica e social. [...] Art. 42 A propriedade é pública ou privada. Bens económicos pertencem ao Estado, a entidades ou indivíduos. A propriedade privada é reconhecida e garantida por lei, que determina as suas formas é adquirido, apreciado e suas limitações, de modo a assegurar a sua função social e torná-la acessível a todos. Propriedade privada pode, em tais casos previstos por lei e com provisões para compensação, ser expropriada por motivos de interesse geral. A lei estabelece as normas e os limites da herança legítima e testamentária e os direitos do Estado em matéria de herança. [...]”.

⁶³ SANTANIELLO, Giuseppe *apud* SÉ, João Bento. Desapropriações anômalas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, abr./jun., pp. 27-44, 1983.

⁶⁴ Disponível em: <[http://www.e-glossa.it/wiki/corte_cost._del_1976_numero_260_\(29%24%2412%24%241976\).aspx](http://www.e-glossa.it/wiki/corte_cost._del_1976_numero_260_(29%24%2412%24%241976).aspx)>. Acesso em: 15/12/2015.

⁶⁵ Confirma-se trecho da decisão: “4. Sul piano generale degli oneri derivanti dalle ‘servitù militari’ deve, infine, essere sottolineato che, specie per le nuove installazioni, problemi come quelli in esame potranno essere ridotti attraverso la localizzazione delle opere ed impianti militari coordinata con i piani di assetto territoriale della regione (art. 3 della legge 24 dicembre 1976, n. 898, nel testo risultante dall’art. 1 della legge 2 maggio 1990, n. 104). In ogni modo, in caso di revisione quinquennale e di conferma della imposizione, che renda impossibile o eccessivamente difficile l’esercizio del diritto di proprietà sul bene o su parte di esso, è offerta al proprietario la possibilità di chiedere la espropriazione totale o parziale del bene stesso (art. 11, primo comma, della legge 24 dicembre 1976, n. 898)”.

(3) Uma expropriação só é lícita quando efetuada para o bem comum. Pode ser efetuada unicamente por lei ou em virtude de lei que estabeleça o modo e o montante da indenização. A indenização deve ser fixada tendo em justa conta os interesses da comunidade e dos afetados. Quanto ao montante da indenização, em caso de litígio, admite-se o recurso judicial perante os tribunais ordinários.

De acordo com Carlos Ari Sundfeld⁶⁶, com esteio em Ernst Forsthoff, a jurisprudência alemã, a partir da Constituição de Weimar, foi alargando o conceito de expropriação, chegando a equiparar a esse fenômeno o sacrifício de direitos derivado diretamente da lei.

Na França, o tema é disciplinado pelo inciso XVII do preâmbulo de sua Carta Constitucional, cuja redação é a seguinte: “sendo a propriedade um direito inviolável e sagrado, ninguém dela deve ser privado, a não ser quando a necessidade pública, legalmente constatada, o exigir e sob a condição de uma justa e prévia indenização”. Nada obstante, naquele país, essa matéria é tratada como uma hipótese de Responsabilidade Civil do Estado por atos legislativos⁶⁷. O caso paradigmático sobre este tema é o conhecido “La Fleurette”, de 1938. Tratava-se de uma lei que proibia a produção de derivados do leite, substância que compunha a matéria-prima do queijo produzido pela *Société Anonyme des Produits Laitiers La Fleurette*. Ao apreciar a matéria, o Conselho de Estado entendeu que o encargo criado no interesse coletivo deveria ser suportado por toda a coletividade, e não, apenas, por determinados indivíduos⁶⁸.

⁶⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 108.

⁶⁷ Em 1913, Léon Duguit defendeu, em sua obra *Les transformations du droit (public et privé)*, a ideia da existência de um seguro social que cobriria o risco resultante da aplicação das leis. Para o referido autor, o Estado não mais é uma pessoa jurídica investida de direito subjetivo de comandar, pois ele estaria limitado pelo direito e pelas regras da solidariedade social, devendo, assim, intervir na sociedade para implantá-las. Portanto, o Estado deveria ter um seguro social para beneficiar os cidadãos que sofram danos em razão de atos legislativos. (DUGUIT, Léon. *Las transformaciones del derecho (publico y privado)*. Trad. Adolfo G. Posada, Ramón Jaén e Carlos G. Posada. Buenos Aires: Heliasta S.R.L., 1975. p.144).

⁶⁸ A controvérsia doutrinária acerca da responsabilização do Estado Francês nas hipóteses de edição de normas expropriatórias é bem explicada por Emerson Affonso da Costa Moura: “Partindo da distinção entre leis *normativas*, que decorrem da exigência de regulação dos fatos sociais, e *construtivas*, que têm por fundamento a necessidade de organizar os serviços públicos, certa doutrina liga a responsabilidade das leis às segundas, que na sua particularização podem gerar violações a situações jurídicas individuais já constituídas, o que não ocorre nas primeiras, que, pelo caráter geral, submetem a todos ao dano suportável. Outros autores, porém, tendem a encontrar razões para a responsabilidade dos atos legislativos na igualdade existente na

Outro julgado digno de nota sobre este tema naquele país é o *Arrêt Cauchetux et Desmonts*, de 1944, em que o Conselho de Estado responsabilizou o Poder Público, em razão da edição de lei que, para apoiar os produtores de lúpulo, determinou o aumento de sua utilização na fabricação de cervejas, o que prejudicou uma empresa privada. Cite-se, ainda, o importante *Arrêt Dame Burgat*, de 1976, em que o Estado foi obrigado a indenizar a proprietária de imóvel que, em razão de Tratado Internacional, não pôde despejar locatário que ocupava a sua propriedade, por se tratar de representante da UNESCO. Por fim, destaque-se o caso *Commune de Garvanie*, de 1963, no qual o Estado fora obrigado a indenizar proprietário de loja de *souvenirs*, em razão da expedição de ato normativo que proibiu a passagem de pedestres no caminho onde a sua loja se localizava⁶⁹.

Na Espanha, esse instituto é denominado “expropriação legislativa”. Nas palavras de Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández⁷⁰, este instituto tem lugar quando a intervenção do legislador vai além da mera habilitação, de forma que é a própria a lei especial que organiza e instrumentaliza a própria operação expropriatória de bens ou direitos determinados, no todo, ou em parte.

Os referidos autores trazem os seguintes exemplos de diplomas normativos com essa natureza: a Lei de Orçamentos Espanhola, de 30 de junho de 1982, que organizou o monopólio de fósforos, expropriando as fábricas já existentes; o Decreto-lei de 24 de janeiro de 1941, que monopolizou as atividades de *E&P*, causando prejuízos às petroleiras; a Lei de 24 de janeiro de 1941, que criou a Rede Ferroviária Espanhola, gerando a apropriação de concessões ferroviárias em vigor. Em artigo sobre o tema,

repartição dos encargos sociais, uma vez que a imposição de suportar os danos — criada pelas leis de caráter geral ou pelas violações a direitos objetivos em especial — a que estão sujeitos uma pessoa ou um grupo de indivíduos, em benefício que será auferido por toda a coletividade viola a isonomia. Em sentido distinto, certa parte da doutrina associa a responsabilidade pela atividade legiferante do Estado ao *enriquecimento ilícito*, de modo que haverá indenização quando o ato legislativo tiver por escopo produzir o enriquecimento indevido do patrimônio administrativo, em inobservância ao princípio geral de direito de que ninguém pode se enriquecer em detrimento de outrem, sem que haja uma causa jurídica”. (MOURA, Emerson Affonso da Costa. Breves apontamentos da evolução da responsabilidade civil do Estado Legislador na França e no Brasil. *Fórum Administrativo* – FA, Belo Horizonte, ano 14, n. 159, p. 24-32, maio 2014).

⁶⁹ Informações extraídas de ARAGÃO, Alexandre Santos de. Limitações administrativas e sua excepcional indenizabilidade. *Fórum Administrativo* - FA, Belo Horizonte, n. 14, jan. 2014.

⁷⁰ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. T. II. Madri: Civitas, 1997. p.214.

Gabriel Doménech Pascual⁷¹ acrescenta como espécie dessa modalidade de expropriação a edição do Decreto Real nº 393/1988, que suspendeu todos os procedimentos de pesquisa ou concessão de águas subterrâneas do Aquífero do Campo de Montiel. Em razão desse ato, diversos titulares de direito de propriedade de águas subterrâneas ingressaram com demandas indenizatórias em face do Poder Público⁷².

Esse instituto vem sendo aplicado com fundamento no art. 33, inciso III, da Constituição Espanhola, o qual dispõe que: “Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes”. Nada obstante, Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández⁷³ entendem que a parte final do art. 1º da Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa daquele país seria “uma cláusula geral”, que daria fundamento ao ajuizamento de pleitos indenizatórios em face do Estado, nos casos de “expropriações legislativas”. Confira-se, por relevante, o teor do dispositivo:

1. Es objeto de la presente Ley la expropiación forzosa por causa de utilidad pública o interés social a que se refiere el artículo 32 del Fuero de los Españoles, en la que se *entenderá comprendida cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos*, cualesquiera que fueren las personas o entidades a que pertenezcan, acordada imperativamente, ya implique venta, permuta, censo, arrendamiento, ocupación temporal o mera cesación de su ejercicio. (grifamos)

⁷¹ PASCUAL, Gabriel Doménech. Proibido regar: expropiación o delimitación de la propiedad no indemnizable. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Zaragoza, v núms. 39-40, pp. 269-291, 2012.

⁷² Ao apreciar tal questão, o Tribunal Supremo Espanhol concluiu que “No podemos admitir tampoco que no se haya producido una privación singular de derechos por haberse impuesto la prohibición de regar a una generalidad de usuarios, puesto que solamente sufrieron tal privación los titulares de aprovechamientos de aguas subterráneas con destino a regadíos incluidos en la delimitación fijada por el Real Decreto que ordena la suspensión temporal de las extracciones, de manera que se produjo una lesión individualizada a determinados usuarios, la cual ha de conllevar una adecuada compensación. (STS, de 14 de maio de 1996). Esse entendimento, contudo, veio a ser modificado, em 1999, quando o Tribunal Supremo Espanhol aduziu que: «El sometimiento de la propiedad privada de las aguas a decisiones administrativas como la adoptada por el Consejo de Ministros en relación con el acuífero del Campo de Montiel constituye una delimitación ordinaria de tal dominio privado. Siempre que esta clase de medidas se adopten con la debida generalidad, como ha sucedido en este caso, no constituyen privación singular de derechos sino tan sólo aplicación de una previsión legal que forma parte del estatuto jurídico de las aguas de dominio privado» (STS de 18 de marzo de 1999)”.

⁷³ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. T. II. Madri: Civitas, 1997. p. 215.

Um dos casos de maior repercussão sobre este tema na Espanha foi o julgado denominado “Rumasa”. Tratava-se de um grupo de empresas espanhol, de propriedade da família Ruiz-Mateos Jiménez de Tejada, que foi desapropriado pelo Decreto-lei nº 02/1983. A Corte Constitucional Espanhola se manifestou no sentido de que “essas leis singulares de expropriação são compatíveis com a constituição, desde que se trate de situação singular e sejam respeitadas as garantias dos proprietários” (Sentença nº 111/1983).

Em Portugal, esse fenómeno é denominado de “indenização pelo sacrifício”. Fernando Alves Correia⁷⁴, em artigo específico sobre o tema, afirma que: “estamos perante actos jurídicos ou materiais praticados por órgãos da Administração Pública, por motivos de interesse público, no respeito das leis e dos princípios jurídicos fundamentais regentes da actividade administrativa, mas que, por produzirem encargos ou danos especiais (singulares) e anormais (graves), devem ser acompanhados de indemnização”. O art. 16 da Lei nº 67/2007 daquele país, que disciplina o Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas (RRCEP), ao disciplinar tal instituto, dispõe que:

O Estado e as demais pessoas colectivas de direito público indemnizam os particulares a quem, por razões de interesse público, imponham encargos ou causem danos especiais e anormais, devendo, para o cálculo da indemnização, atender-se, designadamente, ao grau de afectação do conteúdo substancial do direito ou interesse violado ou sacrificado.

Como se extrai desse dispositivo, não são todos os danos causados pela regulação que serão indenizáveis, mas, tão somente, os “especiais” e os “anormais”. Por essa razão, o art. 16 do RRCEP deve ser interpretado em conjunto com o art. 2º desta norma, o qual, para os efeitos do disposto nesta lei, define como especiais os danos ou encargos que incidam sobre uma pessoa ou um grupo, sem afectarem a generalidade das pessoas, e anormais os que, ultrapassando os custos próprios da vida em sociedade, mereçam, pela sua gravidade, a tutela do direito. Tal instituto extrai seu fundamento de validade dos arts. 62º, nº 2, 83º e 165º, nº1, 1, todos da Constituição da República

⁷⁴ CORREIA, Fernando Alves. A indemnização pelo Sacrifício. *Revista de Direito Público e Regulação*, Coimbra, maio 2009, p. 65.

Portuguesa⁷⁵, o qual vem sendo utilizado pelo Tribunal Constitucional Português em diversas oportunidades⁷⁶.

Embora essa espécie de regulação tenha ganhado destaque com a edição da Lei nº 67/2007, a doutrina portuguesa já vislumbrava como hipótese de “expropriação regulatória” o art. 18º da Lei nº 48/1998 (Lei de Bases da Política de Ordenamento do Território Urbanismo – LBOTU), o qual dispõe que “os instrumentos de gestão territorial vinculativos dos particulares devem prever mecanismos equitativos de perequação compensatória, destinados a assegurar a redistribuição entre os interessados dos encargos e benefícios deles resultantes, nos termos a estabelecer na lei”. Trata-se do que a doutrina Lusitana denomina de “expropriação do plano”⁷⁷.

Sobre o tema, Pedro Costa Gonçalves⁷⁸ aponta que um exemplo de “indenização pelo sacrifício” seria a edição de um regulamento que proíba a circulação, estacionamento e operações de cargas e descargas de veículos com peso bruto superior a 3.500 Kgs, em determinados períodos do dia, de sorte a afetar a

⁷⁵ Confira-se o teor dos dispositivos: “Artigo 62 2. A requisição e a expropriação por utilidade pública só podem ser efectuadas com base na lei e mediante o pagamento de justa indemnização. Podem ser efectuadas com base na lei e mediante o pagamento de justa indemnização. Artigo 83.º Requisitos de apropriação pública A lei determina os meios e as formas de intervenção e de apropriação pública dos meios de produção, bem como os critérios de fixação da correspondente indemnização. Artigo 165.º Reserva relativa de competência legislativa 1. É da exclusiva competência da Assembleia da República legislar sobre as seguintes matérias, salvo autorização ao Governo: 1) Meios e formas de intervenção, expropriação, nacionalização e privatização dos meios de produção e solos por motivo de interesse público, bem como critérios de fixação, naqueles casos, de indemnizações;”.

⁷⁶ Confira-se, por relevante, trecho do seguinte julgado: É indispensável, assim, ao indagarmos da natureza de determinada posição jurídica do particular e da intensidade oblatória do acto, atendermos à relação especial (Orstbezôgen-heit) do imóvel (local, vias próximas, densidade demográfica, industrialização) e à possibilidade de utilização (Nutzun-gsmöglichkeit), de que continua a beneficiar o proprietário, não obstante o vínculo imposto. Bem se compreenderá, por exemplo, que o vínculo de modificabilidade decretado para os proprietários confinantes com o Aeroporto de Fiumicino, na Itália, fosse considerado como simples limitação social do direito de propriedade, devido à natureza pantanosa dos terrenos, à localização e à falta de valor edificatório, mas já não se tolerará a recusa de indemnização aos proprietários de uma zona urbana em ritmo incessante de construção, aos quais, por necessidade de espaços verdes, foi imposta a proibição absoluta do jus aedificandi. (ACÓRDÃO Nº 341/86. Processo: nº 111/84. 1.ª Secção. Relator: Conselheiro Monteiro Dinis). No mesmo sentido, Acórdãos nºs 131/88; 52/90; 184/1992 e 262/1993.

⁷⁷ CORREIA, Fernando Alves. *Manual de Direito do Urbanismo*. V. I. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 332.

⁷⁸ GONÇALVES, Pedro Costa. Prejuízos provocados por medidas de regulamentação de trânsito. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, n. 32, out. e dez. 2010. No mesmo sentido, CORREIA, Fernando Alves. A indenização pelo sacrifício. *Revista de Direito Público da Regulação*, Belo Horizonte, n. 1, maio 2009. p. 63.

atividade de uma empresa que utiliza, há mais de 30 anos, a referida rodovia para o escoamento de seus produtos. Para o referido autor, existem três pressupostos para aplicação do instituto da “indenização pelo sacrifício”: (i) que o ato regulamentar expedido pelo Estado veicule razões de interesse público; (ii) que esse regulamento gere prejuízos anormais e especiais aos particulares, assim considerados os que incidem sobre uma pessoa ou grupo de pessoas, ultrapassando os custos próprios da vida em sociedade; (iii) que exista um nexo de causalidade entre o regulamento editado pelo Poder Público e os prejuízos suportados pela empresa.

Nesse passo, apresentar-se-á a disciplina deste tema por países sul-americanos, que possuem um regime constitucional da propriedade privado próximo ao Brasileiro, posto que exigem, além do pagamento de uma indenização, a instauração de um devido processo legal.

Na Argentina, essa espécie de regulação é denominada “Expropiación Irregular”. De acordo com Estela B. Sacristán⁷⁹, naquele país, tal instituto vem sendo aplicado sob a influência da jurisprudência estadunidense, sobretudo nas hipóteses em que determinada pessoa sofra um dano especial. O referido instituto tem previsão no art. 51, inciso c, da Ley de Expropiaciones da Argentina, cuja redação é a seguinte: “*Cuando el Estado imponga al derecho del titular de un bien o cosa una indebida restricción o limitación, que importen una lesión a su derecho de propiedad*”.

Um dos casos de maior relevo sobre este tema levado à apreciação do Poder Judiciário daquele país foi o julgado “‘Friar S.A. c/ Estado Nacional - Ministerio de Economía Obras y Servicios Públicos - Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca y SENASA s/ daños y perjuicios”, de 2006. Tratou-se de ação de indenização ajuizada por empresa em face da proibição de exportação de carnes determinada pelo Serviço Nacional de Saúde Animal (SENASA), a qual tinha por fundamento um surto de febre-aftosa em território Argentino.

No julgamento desta demanda, a Suprema Corte Argentina se posicionou no sentido de que “a prohibición de exportar y la falta de expedición de certificados de aptitud sanitaria constituían medidas no sólo razonables sino indispensables ante la situación descrita, la actora nada puede reclamar al respecto”. De acordo com Julio

⁷⁹ SACRISTÁN, Estela B. Las expropiaciones de fuente regulatória (regulatory takings), perspectivas, em especial, en matéria de responsabilidade del estado por acto lícito. *Revista Derecho Administrativo*, nº 85, Buenos Aires, pp. 67-90, enero-feverero, 2013. p. 87.

Rodolfo Comadira⁸⁰, a Corte Constitucional Argentina teria estabelecido os seguintes parâmetros para caracterizar uma regulação como expropriatória: (i) a existência de um dano certo; (ii) que exista relação de causalidade entre a ação estatal e o prejuízo suportado pelo proprietário; (iii) que seja possível imputar juridicamente os danos ao Estado; (iv) a ausência do dever jurídico de suportar o dano; e (v) existência de um sacrifício especial do afetado.

No Uruguai, por sua vez, a matéria é denominada “abuso do poder legislativo”, o qual tem fundamento no art. 24 da Constituição daquele país, que tem a seguinte redação: “El Estado, los Gobiernos Departamentales, los Entes Autónomos, los Servicios Descentralizados y, en general, todo órgano del Estado, serán civilmente responsables del daño causado a terceros, en la ejecución de los servicios públicos, confiados a su gestión o dirección”. O precedente de destaque sobre essa matéria naquele país foi o processo nº 1491. Tratou-se de ação indenizatória, na qual se analisou os prejuízos causados pela instituição de monopólios da Administração Nacional de Combustíveis, Álcool e Portland (ANCAP).

Na Colômbia, o tema é denominado “Expropiación Indirecta”, tendo por fundamento o art. 58 da Constituição daquele país, o qual tem a seguinte redação: “Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social”.

Um dos precedentes relevantes sobre essa temática naquele país foi o STC-PA 01735-2008 / TC. Tratou-se de caso em que uma Mineradora teve os seus direitos minerários expropriados, por meio da Portaria Municipal nº 006-2007-A / MPN, que atualizada o Plano de Desenvolvimento Urbano da cidade de San Juan de Marcona de 2006-2016. Ao apreciar essa demanda, o Tribunal Constitucional se posicionou, favoravelmente, à mineradora, com base nos seguintes argumentos: (i) há expectativas legítimas do denunciante na exploração da concessão, o que restou prejudicado pela

⁸⁰ COMADIRA, Júlío Rodolfo. La responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*. Montevideo, ano II, pp. 5-22, 2003. Disponível em: <<http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Comadira-La-responsabilidad-del-Estado-por-su-actividad-licita-o-legitima.pdf>>. Acesso em: 15/12/2015

interferência do Poder Público na edição da portaria; (ii) o tempo de duração da medida foi indeterminado; (iii) a relação entre a medida e os seus efeitos são desproporcionais; (vi) embora não haja prova documental de que a intenção da administração pública era violar o direito de propriedade, os efeitos da medida foram expropriatórios.

Ressalte-se que a importância desta temática vem extrapolando os limites da soberania estatal. A preocupação com a edição de normas que expropriam direitos dos administrados vem ganhando contornos transnacionais⁸¹. Cite-se, por exemplo, a edição da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (*Nations Conference on Trade and Development – UNCTAD*), documento que explicitou, nos seus itens A e B, as hipóteses de expropriações normativas. Confira-se:

A) direta, ou seja, quando os referidos actos legislativos ou administrativos transferem o título e a posição física de um bem, e,

B) indireta, isto é, aquelas ações estatais que, na prática, conduzem a uma perda de gerenciamento, uso ou controle de um recurso, ou uma depreciação significativa no valor dos ativos. Por sua vez, reconhece-se que as expropriações indiretas são subdivididas em: A expropriação

⁸¹ Seria uma espécie do que autores de vanguarda vêm denominando como Direito Administrativo Global. Por exemplo, para Diogo de Figueiredo Moreira Neto: “Como se observa, com o conceito de *direito administrativo global*, há a pretensão de se abarcar a totalidade dessas expressões, envolvendo, portanto, o conjunto das ordens jurídicas em vigor, não importa como se articulem, que refletem o resultado do exercício normativo de todos os *centros de poder capazes de administrar interesses de natureza coletiva* que estão em atividade, o que não implica o abandono do *centro de poder estatal* como a primordial referência normativa. É, pois, desse gênero amplíssimo, o do *direito administrativo global*, que o *direito administrativo transestatal* — o *transadministrativismo* — é espécie, pois que se apresenta exclusivamente referida ao produto normativo desses *centros de poder transestatais*: aqueles que se originam de necessidades ordinatórias das diversas sociedades, que não são providas pelos Estados, nem nacional, nem internacionalmente”. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Transadministrativo: uma apresentação. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 267, pp. 67-83, set./dez. 2014. p. 70).

No mesmo sentido, Patrícia Baptista e Leonardo Coelho Ribeiro afirmam que: “no vazio entre os direitos nacionais e o direito internacional vem se desenvolvendo um direito paralelo, forjado em foros de negociação internacional, cunhado em agências e organizações não-estatais, com o objetivo de atender às necessidades desses setores econômicos que atuam no espaço global. Para cuidar destas novas manifestações jurídicas, estudos acadêmicos conduzidos principalmente nos Estados Unidos e na Itália têm advogado a existência de um *direito administrativo global* e que, que segundo os autores, pode representar uma nova e relevante ótica para a compreensão dos temas da regulação financeira e da regulação de investimentos na economia globalizada. O direito administrativo global propõe uma mudança de parâmetro na compreensão da autoridade, para englobar aquela exercida de forma horizontal, por via de instrumentos não hierárquicos”. (BAPTISTA, Patrícia Ferreira; RIBEIRO, Leonardo Coelho. *Direito Administrativo Global: Uma Nova Ótica para a Regulação Financeira de Investimentos*. In: RIBEIRO, Marilda Rosado. *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. pp.801-849)

lenta: por meio das quais o setor privado perde a sua propriedade de forma lenta e gradual; e, a tomadas regulatórias: que são aquelas em que a supressão dos direitos de propriedade ocorre por meio de regulação estatal, no exercício do seu poder de polícia.

Outro documento internacional digno de nota acerca desta temática é o Tratado de Livre Comércio Celebrado entre Chile e Estados Unidos. Em seu item 4, o referido tratado define “*la expropiación indirecta*” com a figura que terá lugar quando um ato, ou uma série de atos tem o efeito equivalente à transferência de domínio. Para a caracterização desse fenômeno, o referido tratado aponta as seguintes providências que devem ser adotadas para a caracterização de uma regulação como expropriatória: (i) a realização de uma investigação fática específica; e (ii) que seja aferido o impacto da ação governamental na redução do valor da propriedade. Além disso, o referido diploma estabelece uma espécie de “cláusula de salvaguarda”, por meio da qual não se caracterizará como expropriatória aquela regulação que tenha como objetivo proteger valores legítimos, como o bem-estar da população, a saúde pública e o meio ambiente. O referido tratado especifica, ainda, quais seriam os parâmetros indenizatórios para os casos de expropriação da propriedade privada, por meio de atos regulatórios. Confirma-se, por relevante, a dicção do dispositivo:

2. La indemnización deberá:

- a) ser pagada sin demora;
- (b) ser equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes que la medida expropiatoria se haya llevado a cabo (“fecha de expropiación”);
- (c) no reflejar ningún cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se conoció con antelación a la fecha de expropiación; y
- (d) ser completamente liquidable y libremente transferible.

Como se pode perceber, a expropriação normativa não é uma peculiaridade Norte-Americana. Tal fenômeno vem sendo disciplinado por diversos países, seja sob o rótulo de “desapropriações anômalas”, seja sob o rótulo da “Responsabilidade civil do Estado por ato legislativo”. Nada obstante, também nesses países, a análise do caráter

expropriatório de regulações acaba sendo casuística, dependendo das provas que são levadas pelas partes à apreciação do Poder Judiciário.

1.4 Conclusões parciais

A edição de atos normativos, malgrado a sua inegável utilidade para disciplinar condutas, pode violar a ordem jurídica. Essa violação terá lugar nas hipóteses em que as normas subtraíam, ou suprimam o direito de propriedade dos regulados, sem o estabelecimento de um devido processo legal.

Essa vicissitude vem sendo objeto de diferentes disciplinas normativas, a depender da proteção conferida pelo ordenamento jurídico dos países ao direito de propriedade. Nos Estados Unidos, o tema fora objeto de construção jurisprudencial, sob a denominação “*regulatory takings*”. Naquele país, a Suprema Corte vem estabelecendo alguns critérios para que se possa aferir a natureza expropriatória de uma regulação (ou normatização), a saber, se: (i) dela decorre uma intervenção física permanente na propriedade dos particulares; (ii) ela resulta na alteração das expectativas razoáveis do particular; e (iii) ela resulta num excesso que impeça qualquer outro uso econômico do bem, ou que lhe retire suas principais características.

Contudo, o tema naquele país ainda vem sendo examinado de maneira casuística. A Suprema Corte não formulou parâmetros aplicáveis a todas as hipóteses em que o Poder Público edita normas com consequências expropriatórias. Essa indeterminação pode ter sido causada pela ausência de uma disciplina jurídica específica sobre o tema.

O que não ocorre em outros países. Nos países Europeus pesquisados, o tema vem sendo disciplinado como uma espécie de “expropriação legislativa”, à qual vem se conferindo o mesmo regime jurídico da “Responsabilidade por Ato Legislativo”. Ocorre que os referidos ordenamentos jurídicos, em regra, não estabelecem a garantia de um devido processo legal aos expropriados, limitando-se a impor o pagamento de uma indenização aos expropriados. Na Alemanha, por exemplo, chega-se a admitir o estabelecimento de uma indenização na própria norma expropriatória.

Nos países Sul-americanos pesquisados, afora o Brasil, a situação é um tanto diversa. Embora o tema seja apreciado pelos tribunais locais como uma hipótese de “Responsabilidade por Ato Lícito”, as suas Constituições asseguram aos expropriados um *devido processo legal expropriatório*. Significa dizer que, nos países examinados, só será considerado constitucional a edição de atos regulatórios que tenham consequências

expropriatórias, se: (i) for percorrido um devido processo legal, que permita que o expropriado influencie na formação da decisão expropriatória; e (ii) for fixada uma indenização, que componha os prejuízos por eles suportados.

E como esse tema tem sido tratado no Brasil? De um lado, a doutrina pátria vem evoluindo, a passos largos, para o fim de estabelecer parâmetros que norteiem a intervenção (digo, atuação) do Estado do Domínio Econômico – os princípios da liberdade da iniciativa, da proporcionalidade/razoabilidade e da subsidiariedade vêm servindo a tal desiderato. De outro, os institutos da intervenção do Estado da propriedade (desapropriação, limitação administrativa, tombamento, desapropriação indireta, ocupação temporária, requisição administrativa) continuam sendo tratados pela doutrina pátria à luz de uma legislação editada, na sua maior parte, num período ditatorial, incompatível com as garantias trazidas pela Constituição de 1988. E o que é pior, sem que sejam considerados os aspectos atinentes à função reguladora do Estado Brasileiro, insculpida no art. 174, *caput*, da CRFB. Esse será o objetivo dos próximos capítulos.

CAPÍTULO II – A REGULAÇÃO E O REGIME EXPROPRIATÓRIO NO BRASIL

Neste Capítulo, ter-se-á como objetivo investigar se a expropriação normativa está em consonância com o regular exercício da função reguladora. É que, se essa função administrativa tem por fim ponderar os interesses envolvidos, a fim de equilibrar subsistemas, se ela desconsiderar o interesse de preservação da propriedade privada, passará a se configurar como uma função ilegítima do Estado.

Ainda deste ponto, apresentar-se-á o entendimento de que, se uma das justificativas da regulação é a correção de externalidades negativas, uma espécie de “falha de mercado”, não caberia à própria norma dela advinda produzir essa falha, suprimindo a propriedade privada. A partir disso, apontar-se-ão quais seriam os requisitos para que o exercício dessa função não seja considerado como antijurídico, para o que se percorrerá os regimes expropriatórios previstos nas Constituições Brasileiras.

2.1 A aferição das consequências expropriatórias da regulação como um pressuposto da função reguladora

Como é cediço, até o início da década de 80, o Estado Brasileiro possuía um regime de intervenção direta na Economia, centrado na proteção do interesse público, notadamente mediante a assunção, pelo Estado, da exploração de atividades relevantes ou essenciais. Essa assunção era levada a efeito, seja pela criação de empresas estatais⁸², seja pela monopolização de atividades consideradas estratégicas⁸³. À época, tinha-se uma agenda de intervenção, por meio de empresas estatais, constituídas para prestar serviços públicos, ou para explorar monopólios legais. Nesse formado, essas entidades

⁸² E, aqui, me refiro à época da criação das empresas “brás”, a exemplo das estatais que tiveram a sua criação autorizada nos setores de telecomunicações e portuário.

⁸³ A exemplo das atividades de *E&P*, que foram interditas à exploração concorrencial, pela Lei nº 2.004/1953 e, posteriormente, pela própria redação original da Constituição de 1988. Não se pode desconsiderar que tal modalidade de intervenção por servir de instrumento de barganha entre políticos, fenômeno que vem gerando impactos no desempenho dessas entidades, como constatado por Andrei Shleifer e Robert Vishny. (SHLEIFER, Andrei; VISHNY, Robert. *Politicians and Firms. Quarterly Journal of Economics*, massachusetts, nº 109, pp. 995-1025, 1994. Disponível em: <http://www.economics.harvard.edu/faculty/shleifer/files/Politicians_Firms.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2015)

acumulavam, a um só tempo, as funções de regulador e de prestador de serviços de utilidade pública, notadamente a partir da edição do II Plano Nacional de Desenvolvimento de 1974.

Essa forma de intervenção na economia tinha como beneficiário principal o próprio Estado. Dito em outros termos, os interesses do administrado eram, pois, decorrência dos interesses do Poder Público – o qual era, constantemente, redefinido, de acordo com os interesses políticos de ocasião. Nesse período, por exemplo, as revisões tarifárias das prestadoras de serviços públicos eram utilizadas para o atendimento de pautas de interesse nacional (v.g para redução da inflação, para fins eleitoreiros)⁸⁴. Nesse quadrante, as preocupações com os impactos de uma dada medida econômica sobre os agentes privados eram reduzidos (tanto sobre os operadores econômicos, como sobre os consumidores⁸⁵). Não era também um viés dessa forma de intervenção na economia a avaliação dos seus impactos na maturação dos investimentos de longo prazo⁸⁶, o que gerou uma aguda instabilidade regulatória⁸⁷.

⁸⁴ A utilização das estatais no setor elétrico, por exemplo, para contenção da inflação é bem retratada, em substancioso artigo de Carolina Queiroz Pereira Dantas de Melo: “No setor elétrico, à utilização das estatais como instrumento de política monetária através do controle tarifário e ‘instrumento de captação de financiamentos externos a juros flexíveis e a prazos cada vez mais curtos’ (TOLMASQUIM *et al.*, 2002, p. 48) somava-se o fato de que, por conta do sistema de remuneração garantida instituído em 1971 pela Lei nº 5.655, a eficiência das concessionárias mais rentáveis era convertida em remuneração maior para as mais ineficientes. Segundo aponta Sanches (2011, p. 189), a remuneração pelo custo não dava ‘margem para lucros e que em última análise tornou o setor elétrico insolvente no final da década de 1980’. (MELO, Carolina Queiroz Pereira Dantas de. A regulação tarifária do setor elétrico e a autonomia da Agência Nacional de Energia Elétrica. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 12, n. 48, pp. 47–106, out./dez. 2014)

⁸⁵ A formatação da regulação norte-americana sempre envolveu a proteção dos consumidores, como se extrai das lições de Marc Allen Eisner, Jeff Worsham e Evan J. Ringquist: “The complexity of consumer protection regulations is variable, depending on a number of political and technical factors. One would correctly expect conservative regulators to possess a strong market orientation, and thus believe that a minimalist policy would be sufficient, whereas more liberal regulators would have a greater penchant for design standards and requirements that manufacturers prove the safety and efficacy of their products”. (EISNER, Marc Allen; WORSHAM, Jeff; RINGQUIST, Evan J. *Contemporary regulatory policy*. Boulder, CO: Lynne Rienner Publishers, 2000. p. 198)

⁸⁶ Tal viés restou alterado pelo advento da função reguladora, por meio do estabelecimento de um compromisso regulatório, como bem ressalta Gustavo Binenbojm: “Na verdade, mais do que um requisito, o chamado compromisso regulatório (*regulatory commitment*) era, na prática, uma exigência do mercado para a captação de investimentos. Em países cuja história recente foi marcada por movimentos nacionalistas autoritários (de esquerda e de direita), o risco de expropriação e de ruptura dos contratos é sempre um fantasma que assusta ou espanta os investidores estrangeiros. Assim, a implantação de um modelo que subtraísse o marco regulatório do processo político-eleitoral se erigiu em verdadeiro *tour de force* da reforma do Estado. (BINENBOJM, Gustavo. *Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil*.

Nada obstante, esse cenário se modifica, radicalmente, pela introdução da intervenção regulatória na economia. Como, há muito, ressaltado por Floriano de Azevedo Marques Neto⁸⁸ os pressupostos da moderna regulação diferem, sobremaneira, dos da intervenção direta na economia. Primeiro, por ser pautada pelo caráter de *mediação dos interesses*, e não pela imposição de objetivos do Estado, o que cria para o regulador uma obrigação de *dialogar com agentes sujeitos à atividade regulatória* – a imposição dá lugar ao arbitramento de interesses; segundo, porque seus objetivos se deslocam da proteção do indefinido “interesse público” para a defesa da sociedade – sob um aspecto de proteção de direitos transindividuais⁸⁹. Mais recentemente, o referido autor, em obra de natureza tratadística⁹⁰, aponta que o advento dessa função resultou na:

afirmação do consequencialismo na gestão pública, em que os resultados de satisfação de finalidades públicas consistem no grande objetivo da atuação administrativa; processualização da atividade administrativa; demanda por transparência e publicidade dos atos

In: BINENBOJM, Gustavo (Coord.). *Agências Reguladoras e Democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 9)

⁸⁷ Cenário que sofreu profundas modificações pela incidência da regulação nas próprias empresas estatais, como oportunamente ressaltado por Mario Engler: “Ninguém nega que a empresa estatal pode e deve servir a propósitos diversos daqueles que inspiram a atividade privada. Já se aludiu ao caráter vinculante do planejamento econômico para o setor público, conforme previsto no artigo 174 da Constituição Federal. Uma vez sujeita a tal planejamento, a sociedade sob controle público não tem mais liberdade para definir as principais variáveis de sua atuação na economia, tais como preço, quantidade produzida, política de comercialização, destinatários prioritários dos produtos ou serviços oferecidos, etc. Conseqüentemente, a regulação econômica também perde sentido e a empresa estatal fica imune ao direito antitruste. (PINTO JUNIOR, Mario Engler. Regulação econômica e empresas estatais”. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, p. 131-148, jul./set. 2006. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=37257>>. Acesso em: 20 ago. 2015)

⁸⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Finalidades e fundamentos da moderna regulação econômica. *Fórum Administrativo - Direito Público - FA*, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, jun. 2009. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=57932>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

⁸⁹ Nesse contexto, surgem as agências reguladoras. Tais entidades, que não serão abordadas nesta obra, representam a estrutura de transição do Estado Gestor para o Estado Regulador; do monopólio à economia de mercado; pela regulação dá-se a orientação imperativa ao setor privado no atendimento de *interesses coletivos relevantes*, por meio da *ponderação* entre *custos* e *benefícios* da intervenção na liberdade de atuação do setor privado; tal ponderação se dá pela interpretação *técnica* de conceitos jurídicos indeterminados (notadamente, os princípios da função social da propriedade e da livre concorrência).

⁹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Tratado de direito administrativo*. V. 4: funções administrativas do Estado/KLEIN, Aline; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 526.

administrativos; e na busca pelo equilíbrio sistêmico nos setores regulados.

Diante desta perspectiva, a regulação tem como objetivo considerar, por ocasião do seu processo de equilíbrio sistêmico, os impactos que causará nos seus destinatários. Em outras palavras, se é certo que a função regulatória se configura pela necessária ponderação dos interesses setoriais (de Estado, do Governo, dos concessionários e dos usuários)⁹¹, não é menos exato que os interesses dos agentes regulados façam parte desse procedimento. Este equilíbrio sistêmico passa pela dosagem da intervenção regulatória, de acordo com as especificidades de cada subsistema regulado. Nesse sentido, Egon Bockmann Moreira⁹² afirma que “as opções são muito mais amplas e dinâmicas: podem ocorrer por meio de normas (legais e/ou regulamentares) e/ou exploração direta; com caráter hard e/ou soft; dirigidas à Administração e/ou às pessoas privadas [...] e assim por diante”.

Portanto, se, antes, era permitido impor-se às empresas estatais restrições empresariais supressivas de seu patrimônio em favor do Estado-Nação, no âmbito da regulação econômica, os interesses dos regulados *passam a ser parte do processo de equilíbrio do subsistema regulado*. Nem se diga que a preocupação com os interesses dos agentes regulados comprometeria a *neutralidade* do regulador (equidistância) – sob um viés de captura⁹³. Não é disso que se está a tratar. A ideia, aqui apresentada, é a

⁹¹ A ausência dessa ponderação dos interesses setoriais, em concreto, vem resultando na “deteriorização” do sistema regulatório brasileiro, como muito bem percebido pelo sempre brilhante Vitor Rhein Shirato: “A ideia de equilíbrio de interesses, por meio da identificação e da ponderação de todos os interesses subjacentes, é uma simples construção teórica, sem ressonância na prática. Como regra, as agências reguladoras não demonstram ter identificado, nem muito menos ponderado, os interesses subjacentes a suas decisões, transgredindo obrigação essencial à legitimação de suas decisões. Para o correto funcionamento do aparato regulatório brasileiro, deveria ser efetivado o dever de processualização das decisões das autoridades reguladoras, com o controle de legalidade não apenas material, mas também formal. Atos que não tenham uma fundamentação clara ou que demonstrem claramente o descumprimento do rito processualístico imposto (por exemplo, por meio da transformação de consultas e audiências públicas em simples formalidades) devem ser invalidados”. (SCHIRATO, Vitor Rhein. A deterioração do sistema regulatório brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, out./dez. 2013.

⁹² MOREIRA, Egon Bockmann. Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, out./dez. 2013.

⁹³ Sobre o tema, STIGLER, George J. Can regulatory agencies protect the consumer? In: *The citizen and the State: essays on regulation*. Chicago; London: The University of Chicago Press, 1975. O tema será doravante desenvolvido no próximo capítulo, por se tratar de típica falha da regulação, que pode resultar na expropriação do direito de propriedade dos administrados.

seguinte: se é pressuposto da regulação a mediação dos interesses dos setores regulados, a sua consequência última não pode ser a de subtrair o direito de propriedade desses mesmos agentes. Daí porque Carlos Ari Sundfeld⁹⁴ assevera que “a regulação não é um negócio, não é uma operação econômica, mas uma intervenção institucional; todavia, essa intervenção é limitada pela lógica negocial, que não pode ser suprimida pela regulação”.

Demais disso, é pressuposto da função regulatória a apresentação de uma motivação voltada para o *futuro, prospectiva*, demonstrando que as soluções adotadas, se aplicadas, não comprometerão outros valores que estejam sendo objeto de ponderação⁹⁵ (dentre os quais, acresça-se, o patrimônio dos agentes regulados)⁹⁶. Nesse quadrante, os efeitos expropriatórios que possam resultar da função regulatória deverão ser considerados no processo de sua formação. É dizer, se a regulação é uma forma processualizada de ponderação dos interesses dos regulados, dos consumidores e

⁹⁴ SUNDELD, Carlos Ari. Direito Público e regulação no Brasil. In: GUERRA, Sérgio (Org.). *Regulação no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2014. p. 101.

⁹⁵ Daí a tecnicidade que impõe os outros órgãos ou entidades públicas guardarem deferência às de *experts*, observam Cass R. Sunstein e Adrian Vermeule: “We have argued that issues of legal interpretation cannot be adequately resolved without attention to institutional issues. An extraordinary variety of distinguished people have explored interpretive strategies without attending to the fact that such strategies will inevitably be used by fallible people and with likely dynamic effects extending far beyond the case at hand. Two mechanisms seem principally responsible for this institutional blindness. One is a role-related trap: interpretive theorists ask themselves “how would I decide the case, if I were a judge?”— a question whose very form suppresses the key consideration that the relevant interpretive rules are to be used by judges rather than theorists. Another is a cognitive trap: specialists, such as legal academics, criticize the insufficiently nuanced opinions issued by generalist judges in particular cases, overlooking that the same judges might well have done far worse, over a series of cases, by attempting to emulate the specialists’ approach. Overall, the key question seems to be, ‘how would perfect judges decide cases?’ rather than ‘how should fallible judges proceed, in light of their fallibility and their place in a complex system of private and public ordering?’”. (SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper*, n. 156, 2002. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1279&context=law_and_economics>. Acesso em: 08 set. 2015.)

⁹⁶ Nesse sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto assevera: “em outros termos: a decisão deve ser prospectivamente responsável, levantando e estimando, para esse efeito, as consequências previsíveis, ponderando-as, tanto quanto a seu valor intrínseco quanto a seu valor posicional no contexto da questão a ser solucionada. Essa exigência, que se impõe a qualquer órgão decisório dotado de poder público, com muito razão é essencial à decisão proveniente do exercício da função reguladora, uma vez que, se é certo qualquer intervenção do Estado, em princípio, traz uma exceção às espontâneas da sociedade e da economia, que estão protegidas pelos direitos fundamentais, haverão de ser redobradas e agravadas as responsabilidades públicas de quem as deva tomar e, por isso, as exigências de visibilidade das razões por que o faz”. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 102.)

do próprio poder público, ela não poderia desconsiderar, *ex ante*, os seus efeitos expropriatórios.

Mas não é só. Tradicionalmente, entende-se que a intervenção regulatória se justifica para corrigir falhas de mercado⁹⁷, as quais demandam a ação estatal para garantir o funcionamento mais eficiente do mercado⁹⁸. Essas falhas de mercado se traduzem na existência de: (i) *monopólios naturais e econômicos*, que resultem numa concorrência imperfeita⁹⁹ – na linguagem concorrencial, na possibilidade do exercício de Poder de Mercado¹⁰⁰; (ii) *assimetria de informações*, as quais podem gerar condutas oportunistas entre as partes, seleções adversas e o risco moral (*moral hazard*); (iii) *bens públicos*, ou seja, a produção de bens que sejam, a um só tempo, não rivais e não excludentes – fomentadores dos denominados *free-riders* –, que justifiquem a intervenção estatal para impedir a sua produção subótima; e (iv) *externalidades negativas*, assim consideradas como os custos que não são internalizados pelo agente econômico em suas ações, custos estes que são transferidos a terceiros – como preconizado por Ronald Coase, em 1960¹⁰¹.

Ora, se um dos fundamentos para a intervenção Regulatória (sob o aspecto econômico) pode ser o de, justamente, corrigir a falha de mercado da produção de

⁹⁷ V. FIGUEIREDO, Felipe Guerra. *Nova Economia Institucional e o setor sucroenergético brasileiro: análise das medidas intervencionistas no setor sob a ótica da teoria da agência positiva*. 2013. Dissertação (Mestrado em Economia) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013. No mais, quando a concorrência não for capaz de resolver as falhas, por si só, para corrigi-las será preciso regular as variáveis específicas, dentre preço, entrada, qualidade e informação, conforme a peculiaridade da falha no caso concreto. Neste sentido, cf.: RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. pp. 21/30 e pp.137/155.

⁹⁸ São diversas as teorias existentes para fundamentar e orientar a intervenção regulatória do Estado. Para um panorama didático, cf.: CAMPOS, Humberto Alves de. Falhas de mercado e falhas de governo: uma revisão da literatura sobre regulação econômica. *Revista de Dir., Pol. Publ. e Mundial*, Brasília, v.5/n.2, pp. 341-370, 2008. Disponível em: <<http://www.olibat.com.br/documentos/prismas-regulacao-economica.pdf>>. Acesso em: 16 fev. 2015.

⁹⁹ Para que haja concorrência perfeita, os produtos comercializados devem ser substitutos perfeitos e os fornecedores e tomadores são tomadores de preço (*price-takers*), posto que, individualmente, não têm poder de mercado suficiente para influenciar o preço. (MANKIW, Gregory. *Introdução à economia*. São Paulo: Thompson Learning, 2007. p. 290)

¹⁰⁰ Conceito que pode ser extraído da Resolução nº 02, 29 de maio de 2012, do CADE.

¹⁰¹ The Problem of Social Cost. Esse artigo foi publicado em outubro de 1960, por Ronald Coase, no *Journal of Law and Economics*. No Brasil, esse artigo foi traduzido e revisado pelos professores Luciano Benetti Timm, Antonio José Maristrello Porto e Marcelo Lennertz (Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas — FGV DIREITO RIO).

*externalidades negativas*¹⁰², seria uma contradição em termos que a própria regulação se prestasse a esse fim, expropriando a propriedade privada¹⁰³. Explica-se. A expropriação normativa será suportada por um terceiro, estranho ao objeto regulado, que sofrerá *gravames anormais* em relação ao restante da sociedade, o que se configura, na ponta, como uma *externalidade negativa*, falha de mercado que a regulação visa, justamente, a corrigir.

Em outras palavras, esse fenômeno vai de encontro a um dos principais fundamentos econômicos da regulação, o que induz à conclusão de que ele se materializa numa não regulação, ou numa “falha da regulação”, como será visto no quarto capítulo desta dissertação. Nada obstante, a questão se apresenta complexa, na medida em que os seus efeitos, *ex post*, ainda não se encontram disciplinados pelo ordenamento jurídico pátrio.

Essa omissão se deve ao fato de que a legislação que rege os institutos por meio dos quais o Estado intervém na propriedade foram editados, no início do século passado, na vigência de ordenamentos constitucionais anteriores, razão pela qual predicam de sua revisão, pela doutrina pátria, à luz da Constituição de 1988. O presente trabalho não tem essa pretensão. Porém, para os fins da presente investigação, não se furtará a apresentar uma releitura de institutos que se assemelham à expropriação normativa aqui investigada. Essa releitura se justifica, porquanto se trata de uma

¹⁰² As quais justificam a intervenção no direito de propriedade, como ressaltado por Robert S. Pindyck e Daniel Rubinfeld: “Dentre as diversas hipóteses de falhas de mercado, como monopólio, assimetria de informações, custos de transação, dentre outros, o enfoque normativo dá especial atenção aos chamados custos externos, como as já mencionadas externalidades negativas. Justifica-se aqui a intervenção do direito, pois a atividade tornou-se nociva demais, ao interferir na esfera de interesses de terceiros, não beneficiários da atividade nociva, sem qualquer possibilidade de compensação aos perdedores, a não ser que haja intervenção do Estado, através do ordenamento jurídico que produz”. (PINDYK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomia*. 5. ed. Trad. de Eleutério Prado. São Paulo: Pearson-Prentice Hall, 2002. p. 292)

¹⁰³ O direito de propriedade dos administrados é um dos limites à regulação, como bem observado Gaspar Ariño Ortiz: “A este respecto se debe senalar la relación entre libertad de empresa y libertad de competencia. En el art. 38 de la Constitución se declara la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado. Ello supone no sólo el rechazo a una economía planificada, sino sobre todo el marco de un sistema competitivo leal. Resulta hoy evidente que el derecho de propiedad, la libertad de empresa y un mercado abierto y competitivo constituyen tres de esas paredes maestras sobre las que se construye una sociedad libre y próspera. El mercado debe quedar garantizado no de manera ficticia, sino real”. (ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de derecho público económico: modelo de estado, gestión pública, regulación económica*. Granada: Comares, 1999. p. 215)

imbricação entre o poder normativo estatal e os institutos por meio dos quais o Estado intervém na propriedade privada.

Antes, porém, se mostra necessário apresentar o quadro normativo pátrio que resguarda o direito de propriedade dos cidadãos em face do domínio eminente estatal, para o fim de se coletar as balizas que devem orientar as intervenções regulatórias que tenham essas mesmas consequências, o que será feito na sequência.

2.2 O regime jurídico expropriatório à luz das Constituições Brasileiras: um histórico necessário

Não se retratará o percurso histórico da mudança do enfoque do direito de propriedade oitocentista – de cunho liberal, pautado em modelos de Estado como o pregado por Adam Smith¹⁰⁴ –, que o tomava como um direito absoluto, personalíssimo e individualista, para o direito de propriedade dos séculos XIX e XX, que o subordina ao atendimento de interesses transindividuais¹⁰⁵. Para os fins da presente dissertação, apresentar-se-á o histórico de como as Constituições brasileiras disciplinaram esse direito¹⁰⁶, bem como as garantias que lhe são atribuídas em face das intervenções estatais no seu exercício.

A Constituição Imperial, de 25 de março de 1824, embora não fosse uma Constituição de índole, marcadamente, liberal – tendo em vista a concentração de poderes nas mãos do Imperador, titular do Poder Moderador –, consagrou o direito de propriedade, de forma plena, em seu art. 179, inciso XXII. Todavia, não descuro do dever de o Estado indenizar os particulares nos casos de utilização de sua propriedade¹⁰⁷, para fins públicos. Confira-se:

¹⁰⁴ V. SMITH, Adam. *A riqueza das nações*. Traduzido por Edwin Cannan São Paulo: Nova Cultural, 1996.

¹⁰⁵ Destaque-se que essa funcionalização do direito de propriedade tem origem na Encíclica *Rerum Novarum* do Papa Leão XIII (de 1891) e na doutrina de Socialização jurídica de Léon Duguit. (MOÑOZ, Jaime Rodrigues – Arana. Sobre las transformaciones del derecho público de Léon Duguit. *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte: Fórum, ano 16, n. 84, pp.147-182, 2014)

¹⁰⁶ Essa mudança de paradigmas influenciou diversas Constituições editadas no início do século XX, a exemplos das Constituição Mexicana de 1917 (art. 27) e a Constituição de Weimar de 1919 (art. 153).

¹⁰⁷ Nesse período, fora editada Lei nº 09 de setembro de 1826, que “Marca os casos em que terá lugar a desapropriação da propriedade particular por necessidade, e utilidade publica, e as formalidades que devem preceder á mesma desapropriação”. Ainda sob a vigência desta Constituição, foi a Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850 (Lei de Terras), que, em seu art. 16, § 1º e 3º, previu a necessidade do pagamento de indenizações aos proprietários afetados por

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

XXII. E'garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, *será elle previamente indemnizado do valor della*. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta unica excepção, e dará as regras para se determinar a indemnisação. (grifamos)

Em 1889, com a derrocada do regime monárquico, instaurou-se um regime Republicano, consagrado pela Carta Constitucional de 24 de fevereiro de 1891¹⁰⁸. A referida Constituição, malgrado tenha garantido o exercício do direito de propriedade de forma plena, possibilitou, em seu art. 72, § 17, a sua supressão por parte do Estado, por necessidade ou interesse público, mediante o pagamento de prévia indenização. Veja-se:

Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes: (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926)

§ 17. O direito de propriedade mantem-se em toda a sua plenitude, salvo a desapropriação por necessidade, ou utilidade pública, mediante indemnização prévia. (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926)

servidões administrativas: “Art. 16. As terras devolutas que se venderem ficarão sempre sujeitas aos onus seguintes: § 1º Ceder o terreno preciso para estradas publicas de uma povoação a outra, ou algum porto de embarque, salvo o direito de indemnização das bemfeitorias e do terreno occupado. § 2º Dar servidão gratuita aos vizinhos quando lhes for indispensavel para sahirem á uma estrada publica, povoação ou porto de embarque, e com indemnização quando lhes for proveitosa por incurtamento de um quarto ou mais de caminho. § 3º Consentir a tirada de aguas desaproveitadas e a passagem dellas, precedendo a indemnização das bemfeitorias e terreno occupado”.

¹⁰⁸ Sob tal ordenamento constitucional, fora editado o Decreto nº 4.956, de 09 de setembro de 1903, que “Approva o regulamento de consolidação e modificação do processo sobre as desapropriações por necessidade ou utilidade publica”. Ainda neste período, foi editado o Código Civil de 1916, que, embora tenha consagrado o viés liberal do direito de propriedade, já apontou a necessidade de tal direito se submeter a limitações administrativas, como se extrai do disposto no seu art. 572. Confira-se: “Art. 572. O proprietário pode levantar seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos”.

A Constituição de 16 de julho de 1934¹⁰⁹, mitigando o caráter liberal do direito de propriedade, além de permitir a sua expropriação pelo Poder Público, funcionalizou esse direito ao atendimento de interesses sociais e coletivos, como se extrai de seu art. 113, 17, *in verbis*:

Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

17) É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser *exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização*. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior. (grifamos)

Note-se que, mesmo funcionalizando o direito de propriedade ao atendimento de objetivos coletivos (aqui, já se poderia falar numa prévia do princípio da função social da propriedade), continuou-se a garantir aos particulares o direito à indenização prévia e a um devido processo legal expropriatório. A Constituição “Polaca”, de 10 de novembro de 1937¹¹⁰, em razão de seu caráter ditatorial, não previu a funcionalização do direito de propriedade a interesses sociais, porém, manteve, em seu art. 122, 14, a dupla garantia aos particulares (devido procedimento e indenização prévia) em face das expropriações de sua propriedade pelo Poder Público, nos seguintes termos:

¹⁰⁹ Com base nessa previsão constitucional, foi editado o Decreto nº 24.643/1934 (Código de Águas) que previu o dever de indenizar os proprietários ribeirinhos pela exploração econômica da água: “Art. 152. As indenizações devidas aos ribeirinhos quanto ao uso das águas no caso de direitos exercidos, quanto a propriedade das mesmas águas, ou aos proprietários das concessões ou autorizações preexistentes, serão feitas, salvo acordo em sentido contrário, entre os mesmos e os concessionários, em espécie ou em dinheiro, conforme os ribeirinhos ou proprietários preferirem. § 1º Quando as indenizações se fizerem em espécie serão sob a forma de um quinhão d’água ou de uma quantidade de energia correspondente a água que aproveitavam ou a energia de que dispunham, correndo por conta do concessionário as despesas com as transformações técnicas necessárias para não agravar ou prejudicar os interesses daqueles. § 2º As indenizações devidas aos ribeirinhos quanto ao uso das águas, no caso de direitos não exercidos, serão feitas na forma que for estipulada em regulamento a ser expedido”.

¹¹⁰ Nesse período foi editado o vestuto Decreto-lei nº 3.3365/1941, que, em seu art. 5º, traz as hipóteses restritas de desapropriação por necessidade e utilidade pública. Não se previa, à época, a possibilidade de desapropriação por interesse social, o que, certamente, limitava o espectro de intervenção do Estado na propriedade privada.

Art 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

14) o direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia, ou a hipótese prevista no § 2º do art. 166. O seu conteúdo e os seus limites serão os definidos nas leis que lhe regularem o exercício.

A Carta Constitucional de 1946, por sua vez, volta a prever a possibilidade de o Estado levar a efeito um procedimento expropriatório para o atendimento de interesses sociais¹¹¹, além de estipular a dupla garantia dos particulares, nos casos de expropriação ao seu direito de propriedade, na forma do seu art, 141, § 16, cuja redação era a seguinte¹¹²:

Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 16. É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, com a exceção prevista no § 1º do art. 147. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior.

¹¹¹ A mesma Carta Constitucional previu a possibilidade de intervenções expropriatória para fins sociais, em seu art. 147: “Art. 147 - O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos. § 1º Para os fins previstos neste artigo, a União poderá promover desapropriação da propriedade territorial rural, mediante pagamento da prévia e justa indenização em títulos especiais da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária, segundo índices fixados pelo Conselho Nacional de Economia, resgatáveis no prazo máximo de vinte anos, em parcelas anuais sucessivas, assegurada a sua aceitação a qualquer tempo, como meio de pagamento de até cinquenta por cento do Imposto Territorial Rural e como pagamento do preço de terras públicas”.

¹¹² Comentando o instituto da desapropriação à época, Temistocles Brandão Cavalcanti já afirmava que “é este, como se vê, um direito social que precede a transformação das idéias políticas socializantes, que vieram apenas a modificar a medida do poder do Estado no que se refere à disposição da propriedade individual para fins de utilidade pública. A legitimidade desse poder decorre, já se vê, da obrigação imposta ao Estado de indenizar o particular. Somente por essa forma é possível conciliar essa faculdade de Poder Público, com o conceito de propriedade individual.” CAVALCANTI, Temistocles Brandão. *Tratado de Direito Administrativo*. V. III. 3. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1956. p. 82.

No mesmo sentido, nem mesmo as Constituições de 1967¹¹³ e 1969¹¹⁴, no auge do período ditatorial militar, suprimiram as garantias do devido procedimento expropriatório e do pagamento de uma prévia indenização aos proprietários que tivessem a sua propriedade expropriada pelo Estado.

Como se pode perceber do histórico constitucional apresentado, o ordenamento jurídico pretérito à Constituição de 1988, tanto em períodos mais democráticos (sob a vigência de constituições promulgadas), como em regimes ditatoriais (sob a vigência de constituições outorgadas), estabeleceu requisitos obrigatórios para a intervenção expropriatória do Estado. E qual seria a razão dessas garantias? O fato de a expropriação se configurar como uma atividade lícita, necessária à prossecução do exercício de atividades que veiculam interesses públicos¹¹⁵. De fato, o que os referidos

¹¹³ Confira-se os arts. 150 e 153 de ambas as cartas constitucionais, respectivamente: “Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 22 - É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no art. 157, § 1º. Em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior. [...] Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 22. É assegurado o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no artigo 161, facultando-se ao expropriado aceitar o pagamento em título de dívida pública, com cláusula de exata correção monetária. Em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior”.

¹¹⁴ José Cretella Júnior, comentando a desapropriação sob a vigência da Constituição de 1967, afirmava que “a desapropriação é, portanto, um ato legítimo e a indenização uma condição de legitimidade da desapropriação, mas não é, realmente, uma diminuição e, ainda menos, uma supressão do direito de propriedade, mas uma modificação ou conversão desse direito. Por efeito da lei, *ope legis*, o indivíduo cessa de ser proprietário do imóvel, mas torna-se proprietário da soma que representa o seu valor” (CRETELLA JUNIOR, José. *Tratado Geral de Desapropriação*. V. I. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 26.)

¹¹⁵ Não se desconhece o esforço doutrinário pátrio para desconstruir o princípio da supremacia do interesse público. Sobre o tema, veja-se, por exemplo, Daniel Sarmento, o qual, criticando esse dogma, afirma que “pela primeira vez na nossa história, os direitos fundamentais foram explicitamente convertidos à condição de cláusulas pétreas, limitando o próprio constituinte derivado. Estas particularidades, dentre outras, revelam com eloquência que, na tábua dos valores constitucionais, os direitos fundamentais despontam com absoluto destaque e centralidade. Portanto, parece-nos de meridiana clareza que concepções que não atribuem a merecida preeminência a estes direitos – como as subjacentes ao princípio da supremacia do interesse público, seja na sua versão ‘forte’, seja na sua alternativa mais ‘débil’ –, devem ser descartadas, não só porque moralmente perigosas, como também pela sua franca inadequação à ordem constitucional brasileira.” (SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do*

Poderes Constituintes fizeram foi uma pré-ponderação entre, de um lado, a necessidade de o Estado se valer da propriedade privada para fins públicos, e, de outro, a impossibilidade de os particulares serem privados de seus bens, sem um devido processo legal expropriatório.

Ora, se a intervenção expropriatória na propriedade privada em sentido estrito impõe tais garantias, porque a expropriação normativa ou regulatória que produza tais efeitos não se submeteria aos mesmos limites? Esses limites ganharam ainda mais destaque, com advento da Constituição Democrática de 1998, como será visto no próximo item.

2.3 O regime expropriatório da propriedade previsto na Constituição de 1988 e as “desapropriações anômalas”

O fenômeno que ora se investiga ganha ainda mais relevo no ordenamento jurídico pátrio em vigor. Isto porque a Constituição de 1988 – assim como as anteriores – não confere ao Poder Público a livre prerrogativa de expropriar a propriedade privada. Pelo contrário, embora o direito fundamental à propriedade seja *funcionalizado*¹¹⁶ ao atendimento de valores sociais (art. 5º XXIII, 170, III, 182, § 2º, 184 e 186, todos da CRFB), isso não autoriza que o Estado exproprie direitos patrimoniais dos cidadãos, sem o repeito às garantias mínimas previstas no texto constitucional.

Nesse quadrante, o art. 5º, inciso XXIV, da Constituição dispõe que: “a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública,

Interesse Público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 103). Defendendo a existência do referido Princípio da Supremacia do interesse Público: BORGES, Alice Gonzales. Supremacia do Interesse Público: Desconstrução ou reconstrução? *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 15, jan./fev./mar. de 2007. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/material/fernanda_marinela/master_supremacia_interesse_publico_030807.pdf> Acesso em: 15/12/2015; OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma Supremacia do Interesse Público sobre o Privado no Direito Administrativo? *Revista de Direito Administro*, Rio de Janeiro, v. 220, pp. 69-107, 2000; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Supremacia do Interesse Público e Outros Temas Relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010; e HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

Não entrarei na discussão se, nas hipóteses de intervenção do Estado na propriedade, há uma supremacia no interesse público apriorística. O meu objetivo é proceduralizar tais hipóteses, no âmbito da regulação, para o que esta discussão não se apresenta relevante.

¹¹⁶ A importância da funcionalização da propriedade privada vem servindo, inclusive, para interditar atos que abusem desse direito em prejuízo de terceiros, como reconhecido pelo Enunciado 49 do Conselho da Justiça Federal da I Jornada de Direito Civil: “49 – Art. 1.228, § 2º: a regra do art. 1.228, § 2º, do novo Código Civil interpreta-se restritivamente, em harmonia com o princípio da função social da propriedade e com o disposto no art. 187”.

ou por interesse social, *mediante justa e prévia indenização* em dinheiro, *ressalvada os casos previstos nesta Constituição*” (grifamos). A parte final do inciso XXIV diz respeito às hipóteses de requisição administrativa (art. 5º, inciso XXV, da CRFB) e da desapropriação social, prevista no art. 184, § 3º, da CRFB. A mesma Carta Constitucional dispõe, em seu art. 5º, inciso LIV, que: “ninguém será privado da liberdade de seus bens sem o *devido processo legal*” (grifamos). Como se pode perceber, a Constituição estabeleceu dois requisitos para que os particulares sejam privados de sua propriedade pelo Poder Público, quais sejam: (i) o estabelecimento de um devido processo legal¹¹⁷ – o que pressupõe a possibilidade de o particular influenciar na formação da decisão expropriatória; e (ii) o pagamento de uma prévia e justa indenização em dinheiro.

Esses dois requisitos são atendidos nas hipóteses em que a função regulatória resultar em efeitos expropriatórios? Por certo, não. Isto porque não há, no texto constitucional, qualquer dispositivo que harmonize a função reguladora, prevista no art. 174, *caput*, da CRFB, com a faculdade que tem o Poder Público de expropriar a propriedade privada. Trata-se, pois, de duas atividades administrativas lícitas, mas que predicam de uma interpretação harmonizadora. É que, se tais dispositivos não forem interpretados harmonicamente, surgirá uma antinomia entre normas constitucionais, o que é de todo incompatível com a interpretação constitucional¹¹⁸.

¹¹⁷ Devido processo legal que, no âmbito da regulação, passa a ter um novo papel, como ressaltado por Egon Bockmann Moreira: “Logo, o que pretendo demonstrar é que a essência jurídica do atual processo administrativo - a sua natureza jurídica - não está em ser compreendido como meio de impedir ataques a direitos individuais; nem como forma de obter benefícios ou instrumento de produção normativa. O que há de essencial no processo administrativo - comum às três espécies de processo antes expostas - é a efetiva participação das pessoas privadas na formação dos atos estatais. Pouco importa quem seja essa pessoa, o que se põe é o dever de público de informar e respeitar a participação popular direta na formação da vontade estatal. Boa parte dos atos administrativos deixa de ser unilateral e impositivo e passa a ser consensual, obtido mediante a cooperação público-privada. Assim, o processo não é mais o mesmo que se conhecia nos idos do século passado, nem mesmo aquele que se estudava há 20 ou 50 anos. Não é apenas uma garantia - um meio de assegurar os direitos fundamentais declarados -, mas é também um direito ou, mais propriamente, um *direito-garantia*”. (MOREIRA, Egon Bockmann. Agências administrativas, contratos de serviços públicos e mutabilidade regulatória. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 7, n. 25, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=56979>>. Acesso em: 15/12/2015).

¹¹⁸ Segundo Luís Roberto Barroso, é *impossível* a ocorrência de uma antinomia real entre normas constitucionais, considerando o Princípio da Unidade da Constituição. Assim sendo, a ordem jurídica de cada estado constitui um sistema lógico, o que torna defeso que uma mesma situação jurídica venha a estar contemplada por normas que entre si sejam contrastantes.

Embora as leis instituidoras das agências reguladoras prevejam a participação dos administrados na formação das normas regulatórias¹¹⁹, não há dispositivos que atribuam ao regulador o dever de ressarcir os particulares pelos prejuízos patrimoniais suportados pelo exercício da regulação, nem, tampouco, a obrigatoriedade da instauração de um processo administrativo para esse fim. A Lei nº 9.472/1997 (Lei Geral de Telecomunicações – LGT), por exemplo, em seu art. 5º, se limita a prever que as relações econômicas em telecomunicações deverão ser compatíveis com a “função social da propriedade”. Da mesma forma, as Leis de criação da ANAC, da ANA, da ANVISA, da ANS, da ANTT e da ANTAQ não trazem qualquer dispositivo que sirva a salvaguardar a propriedade privada dos efeitos da regulação. Ressalva digna de nota é o disposto no art. 28, § 1º, da Lei nº 9.427/1996 (Lei de criação da ANEEL), que prevê uma reparação ao proprietário pelos prejuízos suportados em razão da exploração de potenciais hidráulicos. Pela sua relevância, permita-se a transcrição:

Art. 28. A realização de estudos de viabilidade, anteprojetos ou projetos de aproveitamentos de potenciais hidráulicos deverá ser informada à ANEEL para fins de registro, não gerando direito de preferência para a obtenção de concessão para serviço público ou uso de bem público:

§ 2º A autorização mencionada no parágrafo anterior não confere exclusividade ao interessado, podendo a ANEEL estipular a prestação de caução em dinheiro para eventuais indenizações de danos causados à propriedade onde se localize o sítio objeto dos levantamentos.

Embora tal previsão seja salutar, ela não impõe a instauração de um devido processo legal para que o proprietário sofra gravames em sua propriedade, limitando-se

(BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 183)

¹¹⁹ Por meio do dever de realização de consultas públicas – ou de instrumento congênere –, antes da expedição de atos que afetem direitos dos agentes regulados, a exemplo do art. 42 da Lei nº 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações); do art. 68 da Lei nº 10.233/2001 (Lei de criação da ANTAQ e ANTT); e do art. 4º, § 3º, da Lei nº 9.427/96 (Lei de criação da ANEEL). Direito esse que nos parece consagrado na própria Constituição da República – CRFB a qual, em diversos dispositivos, institui *um sistema aberto de participação dos administrados* na formação das decisões administrativas, como, por exemplo, no seu art. 1º, que traz a cláusula do Estado Democrático de Direito, e no seu art. 37, § 3º, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/1998, a qual prevê a participação do usuário na Administração Pública. Na mesma direção, o art. 31 da Lei nº 9.784/1999 (Lei de Processo Administrativo Federal), por exemplo, preceitua que, quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período *de consulta pública* para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada.

a garantir-lhe o pagamento de uma indenização – o que, entende-se, põe em dúvida a sua própria constitucionalidade. Daí a pertinência do tema que ora se investiga, o qual tem por fim delimitar as consequências jurídicas de um fenômeno que, sob o manto do exercício da função regulatória (ou normativa geral), a qual é genérica e abstrata – e, principalmente, *mediadora dos interesses setoriais* –, subtrai (ou restringe) o aproveitamento econômico da propriedade privada, sem o estabelecimento de um devido processo legal expropriatório. O tema é novo, no âmbito da regulação, mas não é desconhecido, no âmbito das restrições administrativas à propriedade privada.

João Bento Sé¹²⁰, em estudo publicado no ano de 1983, já apontava que o ordenamento jurídico pátrio ainda não disciplinou as hipóteses em que os textos legais, de forma oblíqua, importam no esvaziamento econômico da propriedade, fenômeno por ele denominado “desapropriações anômalas”. O tema, também, não passou despercebido por Hely Lopes Meirelles¹²¹ que, em parecer proferido no ano de 1977, acerca do art. 16¹²² da Lei nº 4.771/1965 (então Código Florestal), asseverou que:

esse dispositivo constitui limitação administrativa, geral e gratuita; se, entretanto, outra restrição é imposta, além do limite legal federal, cabe indenização, por não se tratar mais de limitação administrativa, e sim de restrição especial ao direito de propriedade.

João Batista Gomes Moreira¹²³, por sua vez, caracteriza esse fenômeno como a uma “desapropriação sob o rótulo de limitação administrativa, instituída por lei ou ato

¹²⁰ SÉ, João Bento. Desapropriações Anômalas. *Revista de Direito Administrativo* – RDA, Rio de Janeiro, v. 152, pp. 27-44, abr./jun. de 1983. p. 28.

¹²¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Estudos e pareceres de direito público*. V. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 166.

¹²² Confira-se o teor do dispositivo: “Art. 16. As florestas e outras formas de vegetação nativa, ressalvadas as situadas em área de preservação permanente, assim como aquelas não sujeitas ao regime de utilização limitada ou objeto de legislação específica, são suscetíveis de supressão, desde que sejam mantidas, a título de reserva legal, no mínimo: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.166-67, de 2001) (Regulamento) I - oitenta por cento, na propriedade rural situada em área de floresta localizada na Amazônia Legal; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.166-67, de 2001); II - trinta e cinco por cento, na propriedade rural situada em área de cerrado localizada na Amazônia Legal, sendo no mínimo vinte por cento na propriedade e quinze por cento na forma de compensação em outra área, desde que esteja localizada na mesma microbacia, e seja averbada nos termos do § 7º deste artigo; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.166-67, de 2001); III - vinte por cento, na propriedade rural situada em área de floresta ou outras formas de vegetação nativa localizada nas demais regiões do País; e (Incluído pela Medida Provisória nº 2.166-67, de 2001); IV - vinte por cento, na propriedade rural em área de campos gerais localizada em qualquer região do País. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.166-67, de 2001)”.

¹²³ MOREIRA, João Batista Gomes. Due Process of Law e Desapropriação Indireta. *Revista Interesse Público*, São Paulo, ano 1, n. 4, p. 54-79, out./dez. 1999.

administrativo genérico, e, portanto, sem processo específico e sem indenização aos proprietários”. Juliano Heinen¹²⁴, em artigo específico sobre o tema, denomina esse fenômeno de “desapropriação à brasileira”, a qual se configura como uma modalidade de desapropriação, no seu entender, que “subtrai o direito de propriedade ou minimiza suas faculdades de forma expressiva, sem que exista uma transferência formal de domínio, mas, sim, uma espécie de transpasse material, porque a coletividade passa a usufruir quase que exclusivamente das faculdades da propriedade restrita”.

Atentos a fenômeno similar, Egon Bockmann Moreira e Bernardo Strobel Guimarães¹²⁵ questionam a constitucionalidade do art. 8º do Decreto nº 3.365/1941, cuja redação é seguinte: “O Poder Legislativo poderá tomar a iniciativa da desapropriação, cumprindo, neste caso, ao Executivo, praticar os atos necessários à sua efetivação”. Ao ver dos referidos autores, a desapropriação instaurada por lei cria indevidas restrições ao direito de propriedade privada, posto que o processo legislativo não confere aos particulares um rito procedimentalizado e permeável à sua influência.

No exercício da regulação, esse fenômeno se apresenta ainda mais grave, por não se estar diante do simples exercício da função de polícia administrativa tradicional. Como dito, está-se diante de uma *função mediadora*, pautada pela *consensualidade*, que extrai sua legitimidade, justamente, da *processualização dos interesses envolvidos*. Daí porque, no presente trabalho, será dada ênfase, primordialmente, à configuração desse fenômeno no âmbito desta função estatal (que nos parece apartada das demais funções estatais). Mas isso não significa dizer que, em razão da unidade do ordenamento jurídico, as conclusões que serão extraídas desse estudo não possam ser transpostas para as hipóteses de supressão do direito de propriedade levadas a efeito pelo tradicional exercício do poder de polícia ordenador (por meio de limitações administrativas, tombamentos, etc.).

¹²⁴ HEINEN, Juliano. Limitações administrativas e o conteúdo econômico da propriedade: uma “desapropriação à brasileira”. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, Rio de Janeiro, v. 260, p. 133-181, maio/ago. 2012.

¹²⁵ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Bernardo Strobel. A Desapropriação no Estado Democrático de Direito. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coords.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 612.

A doutrina pátria tem se inclinado a resolver tal fenômeno utilizando-se de princípios como o da segurança jurídica – mais especificamente, do seu viés subjetivo, da Confiança Legítima¹²⁶ –, do direito adquirido e do enriquecimento sem causa¹²⁷.

Não nos parece que a invocação de princípios jurídicos seja suficiente para a resolução de tal problemática. Primeiro, porque se concorda com Carlos Ari Sundfeld¹²⁸, quando, ao refutar o que denomina “farra dos princípios”, afirma que “o profissional do Direito, ao construir soluções para os casos, tem um dever analítico. Não bastam boas intenções, não basta a intuição, não basta invocar e elogiar princípios”. Em prosseguimento, o referido autor, com muita propriedade, conclui que “é preciso respeitar o espaço de cada instituição, comparar normas e opções, estudar as vantagens e desvantagens.”. Segundo, porque se entende que há uma lacuna no ordenamento pátrio sobre esta problemática. Não uma lacuna principiológica, mas uma lacuna normativa, o que justifica a sua investigação, a fim de se conferir maior segurança jurídica ao exercício da regulação. Esse será o objetivo do próximo capítulo.

2.4 Conclusões parciais

A forma de atuação do Estado na economia varia de acordo com as circunstâncias. Como a experiência tem demonstrado, a intensidade da atuação do Estado na Economia passa muito menos por questões ideológicas e mais por determinantes pragmáticas, como a condição fiscal do país, aspectos micro e macroeconômicos e por necessidades sociais. Em momentos de relativa estabilidade econômica, o Estado atua mais, por meio da criação de empresas estatais e pela monopolização de atividades econômicas. De outro lado, em momentos de escassez de recursos, atua menos, trazendo para si, tão somente, a exploração de atividades que necessitam da utilização do poder extroverso – a exemplo do que ocorreu quando da edição do Plano Nacional de Desestatização de 1995 –, delegando as demais à iniciativa privada. A questão, portanto, não está mais em quanto intervir, mas em como intervir. E a quantidade/qualidade dessa intervenção (aqui, já me valho do conceito de *better regulation*) passa pela diferenciação das modalidades interventivas, cada qual se mostrando mais adequada para determinada conjuntura.

¹²⁶ Por exemplo, MOREIRA, João Batista Gomes. *Op.cit.*

¹²⁷ Por exemplo, HEINEN, Juliano. *Op. cit.*

¹²⁸ SUNDELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 206.

Nesse sentido, se, por um lado, na atuação intervenção direta, permite-se ao Estado sacrificar, temporariamente, aspectos patrimoniais de suas entidades – como se fosse uma “autofagia” –, por outro, no âmbito da intervenção indireta, a questão se mostra um tanto diversa. Essa modalidade interventiva – de que é exemplo a regulação – não pode desconsiderar os efeitos que produz no âmbito do exercício das atividades econômicas. Afinal, essa forma de atuação nunca será neutra do ponto de vista do impacto que causará no setor objeto de intervenção, podendo afetar princípios como o da livre concorrência e o da liberdade de iniciativa. Em palavras mais diretas, não será neutra, na medida em que sempre estará beneficiando, desigualmente, agentes privados.

Nesse quadrante, à luz do princípio da subsidiariedade, a *soft regulation* deverá ser a regra, enquanto a *hard regulation*, a exceção. Ainda que a regulação veicule parte do poder extroverso estatal (o que a diferencia do fomento, outra espécie de intervenção indireta na economia), isso não a legitima a suprimir direitos patrimoniais dos agentes regulados. Na verdade, nos parece que normativos com esse efeito não se configuram como regulação, pois que essa função pressupõe, justamente, a ponderação e a mediação dos interesses dos regulados, dentre os quais o da preservação de seu patrimônio. E mais, não seria lícito à regulação produzir externalidades negativas aos seus destinatários, falha de mercado que ela visa, justamente, a corrigir.

Ressalte-se que não se entende que a intervenção regulatória se presta, tão somente, a corrigir falhas de mercado. O art. 170 da CRFB ordena a intervenção do Estado na economia a direções outras, estranhas à lógica de mercado – a exemplo da redução das desigualdades sociais e da busca do pleno emprego. Mas isso não significa dizer que a regulação possa militar, justamente, em desfavor das atividades econômicas exploradas por particulares, sob pena de violação ao princípio da liberdade de iniciativa, que é Fundamento da República e princípio-fim da ordem econômica (art. 1º, inciso IV e 170, *caput*, da CRFB). Essa vicissitude se afigura contrária ao ordenamento jurídico pátrio não só por que desconsidera a configuração da intervenção indireta no domínio econômico, como porque viola as garantias constitucionais ao direito de propriedade dos regulados.

Desde a Constituição do Império de 1824, as Constituições Brasileiras – tanto as democráticas, quanto as ditatoriais – vêm conferindo proteções aos particulares em face do domínio eminente estatal. Essas proteções se materializam em duas garantias: uma procedimental e outra material. A primeira diz respeito à instauração de um devido processo legal, que permita que o expropriado se manifeste acerca dos termos em que a

sua propriedade será suprimida; a segunda lhe garante a recomposição dos prejuízos que lhe forem impostos por essa expropriação. Nenhuma dessas garantias é observada pelas expropriações normativas, o que, *per se*, macula a sua validade. De fato, essa espécie de norma, genérica e abstrata, embora não transfira a propriedade de bens para o Estado, reduz o proveito econômico da propriedade privada, o que afronta o ordenamento jurídico em vigor. Afora isso, faz com que determinado agente econômico suporte um gravame, anormal e desproporcional, não imposto ao restante da sociedade, o que viola o princípio da isonomia, sem o estabelecimento de um devido processo legal expropriatório, em afronta ao art. 5º, incisos XXIV e LIV da CRFB.

A partir dessas premissas, pretende-se investigar se os institutos por meio dos quais o Estado intervém na propriedade se prestam a disciplinar esse fenômeno.

CAPÍTULO III – AS EXPROPRIAÇÕES NORMATIVAS E OS INSTITUTOS DE INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE PRIVADA

Neste capítulo, ter-se-á como objetivo investigar se institutos por meio dos quais o Estado intervém na propriedade privada dão conta do fenômeno da expropriação normativa. Para esse desiderato, o estudo foi realizado sob a lente da contribuição de Carlos Ari Sundfeld¹²⁹ para o Direito Administrativo Brasileiro, que diferencia os institutos do “Condicionamento de direitos” e do “Sacrifício de direitos”. Diante dessa perspectiva, serão apresentadas as principais características dos institutos das Limitações Administrativas e da Desapropriação Indireta, os quais, para a doutrina acima colacionada, se assemelhariam ao instituto que ora se investiga. Nesse ponto, pretende-se, investigando se tal instituto se rege pelos institutos por meio dos quais o Estado intervém na propriedade privada, fixar as suas consequências jurídicas.

3.1 Os Novos desafios na interpretação dos institutos de intervenção do Estado na propriedade privada

O Estado intervém na propriedade privada por várias formas e com vários objetivos (v.g para preservar interesses sociais, para resguardar a ordem urbanística e para fomentar a realização de interesses sociais). Nesse quadrante, o Estado pode restringir as faculdades de usar, gozar e dispor, inerentes a esse direito, seja instituindo obrigações de não fazer, de abstenção, seja, no limite, por meio de sua supressão. Nessa esteira, de acordo com Luciano Ferraz,¹³⁰ as formas de intervenção do Estado na propriedade podem ser classificadas como: (i) limitativas; e (ii) supressivas. A intervenção limitativa é aquela em que o Estado impõe restrições e condicionamentos ao uso da propriedade, sem, no entanto, retirá-la do seu dono. A intervenção supressiva, por sua vez, é aquela em que o Estado, valendo-se da sua supremacia, transfere para si a propriedade de terceiro, em virtude de algum interesse público previsto em lei.

Ocorre que tais modalidades de intervenção na propriedade foram cunhadas por uma legislação editada em períodos ditatoriais, que desconsideram os influxos pós-

¹²⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003.

¹³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Tratado de direito administrativo*, V. 3: direito administrativo dos bens e restrições da propriedade privada/FERRAZ, Luciano; MARRARA, Thiago. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 309.

positivistas¹³¹ decorrentes dos valores democráticos e principiológicos trazidos pela Constituição de 1988¹³², a exemplo dos vetustos Decretos-leis n^{os} 3.365/1941 e 25/1937 (que disciplinam, respectivamente, o procedimento de desapropriação e de tombamento). Entretanto, sob os influxos dessa virada Constitucional de 1988, a legitimidade da atuação do Estado passa a não decorrer, tão somente, do sufrágio obtido nas urnas, que está relacionado ao conceito de Democracia Formal, ideologia que sempre se pautou numa concepção *procedimentalista*¹³³. No atual contexto pós-positivista, no qual ocorre a reaproximação entre direito e moral¹³⁴, exige-se do Estado a busca da legitimação de sua atividade, por meio da instauração de procedimentos permeados pela efetiva participação popular, que extraiam o seu fundamento valorativo do dever de salvaguarda e de efetivação de direitos fundamentais, ideais consagrados pelos processos democráticos substantivistas¹³⁵. Trata-se de uma decorrência própria do

¹³¹ Característica do *pós-positivismo*, teoria do direito que dá substrato ao que hoje se conhece por *neoconstitucionalismo*. Sobre esta transição, confira-se a narrativa de Luís Roberto Barroso: “A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética”. (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. pp. 351 e 352)

¹³² J.J Gomes Canotilho aborda exatamente esse ponto: “[...] o princípio da prevalência ou preferência da lei sofreu um processo de «erosão» e de «relativização» que importa ter em conta para se compreenderem muitas das questões a tratar em sede de parâmetro da constitucionalidade e da legalidade. Quanto à «escala de dureza das normas» (Calamandrei), a força normativa da Constituição concretizada sobretudo pelo princípio da constitucionalidade e cuja observância é fiscalizada pelos tribunais obriga a considerar o princípio da constitucionalidade como a marca da indiscutível superioridade hierárquica das normas constitucionais. O princípio da legalidade, que pressupunha um conceito unitário de forma e força de lei, acaba por ser objecto de uma tendencial relativização porque, por um lado, surgiram outros actos com força de lei (ex.: decretos-leis do Governo e decretos legislativos regionais) e, por outro lado, configuraram-se actos legislativos com valor reforçado (ex.: leis reforçadas). (CANOTILHO, J.J Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Portugal: Almedina, 2008. p.717).

¹³³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. V. I . Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997.

¹³⁴ ELY, John Hart. *Democracy and distrust. A theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

¹³⁵ DWORKIN, Ronald. *Freedoms Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996 e DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

*neoconstitucionalismo*¹³⁶, segundo o qual as normas constitucionais irradiam seus efeitos na interpretação de toda a legislação infraconstitucional. Daí porque se entende que todos os institutos de intervenção do Estado na propriedade privada merece uma revisão doutrinária sob tais paradigmas¹³⁷. Não é esse o objetivo deste capítulo. Na verdade, pretende-se investigar se dois dos institutos por meio dos quais o Estado intervém na propriedade privada (a limitação administrativa e a desapropriação indireta) dão conta do fenômeno da expropriação normativa ou regulatória¹³⁸.

Para tanto, o enfoque que será dado a este capítulo parte da contribuição de Carlos Ari Sundfeld¹³⁹ para o Direito Administrativo Brasileiro, por meio da qual o referido autor diferencia os *condicionamentos de direitos* dos *sacrifícios de direitos*. Os primeiros, de acordo com Sundfeld, são:

as situações subjetivas, passivas impostas por lei e controladas pela Administração, com base em lei e por elas controladas, aos titulares de direitos, para definir seu campo de legítimo exercício, traduzidas em deveres de não fazer (limites do direito), fazer (encargos) ou suportar (sujeições)¹⁴⁰.

Os segundos, a seu ver, decorrem de:

¹³⁶ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula *et all* (Coords.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 55.

¹³⁷ Nesse sentido, veja-se o excelente trabalho de ACOCELLA, Jessica. *Uma releitura da Desapropriação à Luz da Constituição de 1988 e suas Principais Repercussões sobre o Regime Jurídico Vigente*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Público) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013. pp. 279 e ss.

¹³⁸ No presente capítulo, não se percorrerá o regime jurídico de todos os institutos por meio dos quais o Estado intervém na propriedade. Isto porque, para os fins da presente pesquisa, só se justifica a análise de institutos que sejam veiculados por atos genéricos e abstratos que não impliquem na ocupação física da propriedade, ou que não tenham a sua vinculação a determinado fim específico. O Tombamento, por exemplo, embora seja genérico e abstrato, traz em seu objeto a proteção do patrimônio cultural, razão pela qual não se amolda às situações mais abrangentes incursas no fenômeno da expropriação regulatória. Nada obstante, na prática, tal instituto também vem resultando em consequências expropriatórias, sem a instauração de um devido processo expropriatório. Por essa razão, as conclusões finais desta dissertação lhe poderão ser estendidas, como será expostos nas conclusões objetivas desse trabalho. A Servidão administrativa é específica, impõe um ônus real à propriedade privada; diante disso, em nada se assemelha com a regulação com efeitos expropriatórios. A requisição administrativa e a ocupação temporária pressupõe a ocupação física da propriedade, razão por que não serão investigados. A desapropriação em sentido estrito pressupõe a translação da propriedade para o patrimônio do Poder Público, além de observar a um rito (judicial e administrativo) que são desconsiderados quando o Estado edita atos regulatórios com consequências expropriatórias.

¹³⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003.

¹⁴⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. *Op. cit.*, p. 54.

“situações impostas compulsoriamente pelo Estado, com base em lei, aos titulares de direitos de conteúdo patrimonial, através do devido processo judicial e mediante indenização, prévia, justa e em dinheiro, implicando em compressão do conteúdo do direito ou em sua extinção”¹⁴¹.

Diante dessa diferenciação, é necessário indagar-se: as expropriações normativas se configurariam como um *condicionamento de direito*, ou como um *sacrifício de direito*?

A questão se apresenta complexa, na medida em que, na ponta, até mesmo os institutos considerados, tradicionalmente, como condicionamento de direitos (como as limitações administrativas e o tombamento) podem resultar no esvaziamento econômico da propriedade. Esse fenômeno tem lugar porque, não raro, o Poder Público, a pretexto do estabelecimento de condicionantes ao exercício de direitos, acaba esvaziando-os economicamente, sem a instauração de um devido processo expropriatório. De fato, na prática, o Poder Público vem se utilizando de institutos que, em teoria, veiculariam condicionamentos de direitos para sacrificar o direito de propriedade dos administrados, de forma sumária e gratuita, expediente que afronta as garantias basilares de um Estado Democrático de Direito.

Para dar conta dessas práticas, a doutrina jusadministrativa vem alargando o conceito de expropriação. Como dá conta Carlos Ari Sundfeld¹⁴², hodiernamente, para que se configure a expropriação dos bens dos administrados, vem desaparecendo a necessidade de sua translação para o Estado – sob um viés de alteração do domínio. A partir dessa concepção, passou-se a entender por “expropriação” a mutilação, em qualquer grau, do direito de propriedade, mesmo quando procedida por lei. O objetivo da expansão desse conceito foi identificar como expropriatórios atos normativos, genéricos e abstratos, que impõe sacrifício de direitos aos administrados, sem a observância de um devido processo legal. Eis o fenômeno a que se pretende atribuir um regime jurídico neste capítulo, sobretudo quando ele tem lugar no exercício da função regulatória.

¹⁴¹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Op. cit.*, p. 86-87.

¹⁴² SUNDFELD, Carlos Ari. *Op. cit.*, p. 96.

3.2 Diferenças entre a Função Ordenadora e a Função Reguladora

Como já dito, o exercício do direito de propriedade – como, de resto, de qualquer direito fundamental – não é absoluto. Ele é limitado, pela ordem jurídica, em prol do atendimento de outros valores garantidos pela Constituição. Esse direito se submete a uma delimitação administrativa Constitucional, apriorística, que opera no seu próprio conteúdo. O princípio *da função social da propriedade* (previsto nos art. 5º, inciso XXIII e 170, inciso III, todos da CRFB) impõe o seu exercício em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais – aspectos transindividuais, que superam, em muito, a sua concepção absoluta (*dominium plenum*) dos oitocentos. Trata-se de uma *delimitação administrativa* que incide sobre o conteúdo normal deste direito. Filio-me, neste particular, ao entendimento de José Ramón Parada Vázquez¹⁴³, segundo o qual o cumprimento da função social está incluído na concepção originária desse direito, na sua própria conformação¹⁴⁴.

A partir desta delimitação, o direito de propriedade se submete a deveres exógenos, alheios, pois, à sua concepção intestina. Tais limites decorrem da função ordenadora estatal¹⁴⁵ – para alguns, de “polícia” –, que, por se tratar de função administrativa e restritiva de direitos fundamentais, se submete ao princípio da legalidade (art. 37, *caput*, da CRFB)¹⁴⁶. A Constituição brasileira é prenhe de dispositivos que consagram a função ordenadora estatal em face de direitos individuais (v.g art. 5º, incisos, XXIII e XXVI – referentes à ordenação do exercício das profissões – e incisos VI e VIII – referentes à ordenação das liberdades pessoais).

¹⁴³ PARADA VÁZQUEZ, José Ramón. *Derecho administrativo*. V. 1. Madrid: Marcial Pons, 1998. p. 416.

¹⁴⁴ Essa parece ter sido a acepção adotada pelo Código Civil, em seu art. 1.228, § 1º: Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. § 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

¹⁴⁵ Expressão cunhada na obra que serve de fundamento para todo esse capítulo: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo ordenador*. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

¹⁴⁶ FIGUEIREDO, Lúcia Valle de. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 194.

Essa função ordenadora, atualmente, de acordo com a sua releitura realizada por Odete Medauar¹⁴⁷, possui as seguintes características: (i) se submete a um regime jurídico de direito público; (ii) é regida pelos princípios da legalidade, da impessoalidade, da publicidade e, mais recentemente, pelo princípio da proporcionalidade; (iii) deve ser exercida de acordo com o princípio *pro libertate*, posto que não pode significar a interdição, geral e absoluta, do exercício de um direito; e (iv) deve observância ao *devido processo legal*, como se extrai do parágrafo único, do art. 78, do Código Tributário Nacional – CTN, cuja redação é a seguinte:

Artigo 78. [...]

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, *com observância do processo legal* e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

Eis um dos pontos centrais desta dissertação. A função de polícia administrativa deve ser procedimentalizada. E qual a consequência prática disso? A de que o seu exercício deve ser caudatário de um devido processo, previamente, delineado em lei. O tema será aprofundado no quinto capítulo desta dissertação. Mas, por ora, esse entendimento servirá de norte para que se possa diferenciar os institutos dos *condicionamentos de direitos dos sacrifícios de direitos*, o que será feito doravante.

Antes, porém, para os fins da presente dissertação, se mostra oportuno diferenciar a *função ordenadora em sentido estrito* (de polícia) da *função reguladora*. A *função reguladora*, por certo, é mais ampla do que a função ordenadora. Ela não se limita à utilização do poder extroverso estatal para restringir direitos individuais. Definitivamente, não é esse o propósito da regulação¹⁴⁸. A função reguladora se utiliza

¹⁴⁷ MEDAUAR, Odete. Poder de Polícia – origem, evolução, crítica à noção, caracterização. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coords.). *Poder de Polícia na Atualidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p.p 24-25.

¹⁴⁸ Esclarecendo essa distinção entre os institutos, Alexandre Santos de Aragão leciona que: “A regulação assume sentido mais amplo que a “administração ordenadora” e o “poder de polícia”. A doutrina do Direito Público Econômico faz uso do termo regulação para tratar da mecânica estatal de ordenação das atividades econômicas em geral, incluindo, portanto, os serviços e monopólios públicos e as atividades econômicas privadas. Sendo assim, o Estado desempenha a regulação tanto quando disciplina externamente atividade que é de titularidade privada (ex.: a regulação sobre os bancos, os planos de saúde, a fabricação de medicamentos etc.), como quando disciplina, através predominantemente de contratos, o exercício por particulares de atividades econômicas *lato sensu* que são de titularidade estatal. Nesses casos, não há poder de

do poder extroverso como a última *ratio* para a ponderação dos interesses dos subsistemas regulados¹⁴⁹. Mas não é só. O exercício da função reguladora pressupõe a *permeabilidade processualizada* dos interesses dos agentes regulados, ao passo que a *função ordenadora* em sentido estrito insula o cidadão de sua formulação – a qual fica restrita ao aparato burocrático estatal¹⁵⁰.

No que tange à primeira diferença, não há qualquer possibilidade de não se apartar os referidos conceitos, sob pena de subversão da própria função reguladora. Se assim não fosse, não faria qualquer sentido que a Constituição de 1988, em seu art. 174, *caput*, atribuísse ao Estado a função de “agente normativo e regulador da atividade econômica”. No que tange à segunda, não se entende possível a manutenção dessa diferenciação, sobretudo nas hipóteses em que, por meio de norma genérica e abstrata, se imponha um *condicionamento de direito* que, na ponta, resulte na expropriação da propriedade privada – à exceção, evidentemente, das hipóteses em que a função ordenadora tiver de se valer de sua autoexecutoriedade/coercitividade para aplacar

polícia, mas prerrogativas inerentes à titularidade estatal da atividade [...]. Sob essa perspectiva, os conceitos de poder de polícia e de administração ordenadora se aproximam do conceito de regulação, apesar de não alcançá-lo *in totum* por não abrangerem a regulação dos serviços e monopólios públicos exercidos por particulares”. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 206.

¹⁴⁹ São exemplos de que a função reguladora se utiliza do poder extroverso como uma opção residual a celebração dos denominados acordos substitutivos. Os acordos substitutivos são instrumentos de composição celebrados em lugar da aplicação de uma sanção para, prospectivamente, suprirem a falta cometida por outros meios consensuais que não o cumprimento de uma pena, o que pode se dar mediante, por exemplo, a exigência de novos investimentos relacionados com o motivo da infração praticada. Trata-se de ferramenta disponibilizada a essas entidades por meio da do art. 5º, IV e § 6º, da Lei nº 7.347/1985, bem como, por vezes, em diversas disposições setoriais específicas. Sobre o tema, cf.: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 231, pp. 129-156, jan./mar. 2003. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; CYMBALISTA, Tatiana Matiello. Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 8, n. 31, out./dez. 2010; Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=70888>>. Acesso em: 11/09/2015; SUNDFELD, Carlos Ari CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos substitutivos nas sanções regulatórias. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, abr./jun. 2011 e PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015.

¹⁵⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Tratado de direito administrativo*. V. 4: funções administrativas do Estado/KLEIN, Aline; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 544.

situações de acautelamento, ou emergenciais¹⁵¹. Nada obstante, ainda nestes casos, não se prescinde da instauração de um devido processo legal a *posteriori*¹⁵². É, portanto, sob tal enfoque que se pretende apartar o regime dos *condicionamentos de direitos* do regime dos *sacrifícios de direitos*, para o fim de se delimitar as consequências jurídicas das expropriações normativas. É o que será feito na sequência.

3.3 Diferenças entre os institutos dos condicionamentos de direitos e dos sacrifícios de direitos

Uma das principais funções da Administração Pública é a ordenação das atividades econômicas. Essa ordenação poderá ser levada a efeito pela disciplina normativa, pela fiscalização e pelo controle das atividades privadas em prol do atendimento de interesses públicos (sejam os previstos na Constituição, sejam os previstos em atos normativos). Tradicionalmente, a doutrina denomina tais restrições, genéricas e abstratas, como o legítimo exercício da função de polícia administrativa¹⁵³.

¹⁵¹ Nesse sentido o disposto no art. 45 da Lei nº 9784/1999 (Lei de Processo Administrativo Federal): “Art. 45. Em caso de risco iminente, a Administração Pública poderá motivadamente adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado”.

¹⁵² Assim, mesmo nessa hipótese haverá o contraditório, porém de forma diferida, posterior ao ato. Caso perceba-se que a Administração agiu precipitadamente e ao arrepio da lei, cabe indenização, bem como a responsabilização dos culpados. Nesse sentido, os seguintes julgados: “AÇÃO ANULATÓRIA. Portaria DAEE. Determinação de lacração imediata de poços artesianos particulares. Contaminação por nitrato. Suspensão liminar dos efeitos do ato administrativo. Descabimento. Presunção de legalidade/veracidade não afastada. Abuso de poder de polícia não verificado. Contraditório diferido, diante da urgência do caso. Probabilidade de desabastecimento que não se sobrepõe aos riscos à saúde da população e ao meio ambiente. Decisão reformada. RECURSO PROVIDO. (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. AI: 20695864220138260000 SP 2069586-42.2013.8.26.0000. Relator: Paulo Alcides. Data de Julgamento: 20 mar. 2014. 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente. Data de Publicação: 25 mar. 2014)

“PARA A EXPEDIÇÃO DE AUTOS DE INFRAÇÃO E AUTOS DEMOLITÓRIOS, A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NÃO PRECISA OBSERVAR, ANTECEDENTEMENTE, O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA, OS QUAIS SÃO EXERCIDOS DE MANEIRA DIFERIDA, PODENDO, NO CUMPRIMENTO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE, DETERMINAR A IMEDIATA DEMOLIÇÃO DE CONSTRUÇÕES EM INOBSERVÂNCIA DE NORMA LEGAL. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. APC: 20120111988733 DF 0010512-02.2012.8.07.0018. Relator: Alfeu Machado. Data de Julgamento: 19 fev. 2014. 1ª Turma Cível. DJE, 24 fev. 2014. p. 76)

¹⁵³ Expressão que vem a substituir a vestuta “poder de polícia”, em razão do seu suposto viés autoritário, como observado por GORDILLO, Agustín. 10ª ed., 1ª ed. *del Tratado de derecho administrativo*. V. V. Buenos Aires: F.D.A, 2014.

De acordo com Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹⁵⁴, essa função é exercida por meio de um ciclo, composto pelas seguintes fases: (i) *pelos ordens de polícia*, as quais se configuram como normas, gerais e abstratas, legislativas ou administrativas, que restringem direitos; (ii) *pelo consentimento de polícia*, assim considerado como o controle preventivo do exercício de determinadas atividades que pretendam ser exercidas pelos particulares; (iii) *pela fiscalização de polícia*, que se consubstancia na verificação, por agentes do Estado, se a ordem de polícia e o consentimento de polícia vêm sendo exercidos em consonância com o princípio da legalidade; e (iv) *pela sanção de polícia*, que tem por objetivo penalizar agentes privados quando estes violarem as ordens e o consentimento de polícia.

Na presente dissertação, investigar-se-á um fenômeno que tem lugar, sobretudo, nas “ordens de polícia”. E isso porque as expropriações normativas se materializam, por meio de normas, gerais e abstratas, legislativas ou administrativas, que irritam (ou subtraem) o direito de propriedade dos particulares, sem que ocorra sua transferência material para o Poder Público. O conceito de “Propriedade”, aqui referido em sentido amplo, considerada como patrimônio dos particulares, composto, nos termos do art. 591 do Código de Processo Civil – CPC, por todos os seus bens presentes e futuros. Nesse sentido, Luciano Ferraz¹⁵⁵ assevera que “a garantia da propriedade desenhada na Constituição é, sem hesitação, a mais ampla, abrangendo não só o domínio em sentido estrito, mas, também, todos os direitos patrimoniais, de modo que, havendo lesão, nenhuma parcela constitutiva do domínio pode ser alijada do resguardo constitucional”. Essa amplitude do conceito de propriedade, que abarca, de forma plena, as posições jurídicas patrimoniais, foi incorporada ao ordenamento jurídico pátrio pelo art. 2º do Decreto-lei nº 3.365/1941, quando preceitua que “todos os bens” (materiais e imateriais) poderão ser objeto de desapropriação, *in verbis*: “Art. 2º Mediante declaração de utilidade pública, todos os bens poderão ser desapropriados pela União, pelos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios”.

Mas, ressalte-se, que as intervenções ordenadoras do Estado na propriedade privada não se materializam no exercício do poder extroverso estatal para coibir

¹⁵⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 440.

¹⁵⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Tratado de direito administrativo*, V. 3: direito administrativo dos bens e restrições da propriedade privada/FERRAZ, Luciano; MARRARA, Thiago. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 300.

condutas antijurídicas de agentes privados. Na verdade, trata-se de uma manifestação desta função que incide sobre o exercício de atividades lícitas. Esse gênero de restrições impostas, pela Administração Pública, à propriedade privada se divide em duas espécies: os *condicionamentos de direitos* e os *sacrifícios de direitos*.

Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramon Fernandes¹⁵⁶ denominam como *limitações administrativas de direitos (ou condicionamento de direitos)* o instituto por meio do qual há uma incidência que não modifica o direito subjetivo afetado, nem a capacidade jurídica ou do agir do particular, senão que atua, exclusivamente, sobre as condições de exercício de tal direito. De acordo com Patrícia Ferreira Baptista¹⁵⁷, podem ser enquadradas como *condicionamento de direitos* tanto as restrições decorrentes do exercício do poder de polícia (por exemplo, as medidas condicionadoras e restritivas do exercício das profissões ou das atividades econômicas), como, também, as medidas elencadas como modalidades de intervenção do Estado na propriedade (por exemplo, as limitações administrativas, a ocupação temporária e a requisição administrativa)¹⁵⁸.

Trata-se, portanto, de restrições que não excedem os inconvenientes *normais* decorrentes da vida em sociedade. Dito em termos diversos, são restrições administrativas decorrentes do poder extroverso estatal (impostas, pois, unilateralmente, no âmbito de uma relação de supremacia), que, com base no *princípio da isonomia* (o qual impõe um compartilhamento de ônus entre os administrados em prol do atendimento do interesse público geral), restringem ou condicionam (sem suprimir) o direito de propriedade dos particulares (direito este considerado em sentido amplo,

¹⁵⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDES, Tomás-Ramon. *Curso de Derecho Administrativo*. T. II. Madri: Civitas, 1997. p.135.

¹⁵⁷ BAPTISTA, Patrícia Ferreira. Limitação e sacrifício de direitos – o conteúdo e as consequências dos atos de intervenção da Administração Pública sobre a propriedade privada. Disponível em:

<http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_limitadir.pdf>.

Acesso em: 29 ago. 2015.

¹⁵⁸ A referida autora, citando Juan Carlos Cassagne, apresenta, ainda, que existiria uma diferenciação entre limitações e delimitações administrativas. Ao contrário das limitações – que atuam sobre o exercício dos direitos –, as delimitações de direitos, estabelecidas por lei ou por regulamentos, operariam sobre o conteúdo normal do direito, definindo o âmbito lícito e recortando os poderes jurídicos do titular, cujo direito não se reputa existente. Nesse quadrante, seriam delimitações ao direito de propriedade as regulamentações ao direito de construir, com o objetivo de conformá-lo à sua função social, prevista no art. 5º, inciso XXIII, da CRFB. Contudo, na medida em que ambos os institutos têm como sua principal característica a não-indenizabilidade, o terá não será aprofundado nesta dissertação.

como um feixe de relações patrimoniais). O referido princípio da *isonomia* (consagrado no art. 5º, *caput*, da CRFB), que impõe aos particulares o dever de suportar cargas públicas moderadas, compatibiliza essa modalidade de restrição administrativa com o ordenamento jurídico; daí a sua licitude. Demais disso, o condicionamento do exercício do direito de propriedade, sem a sua supressão, confere a esse instituto a sua principal característica: a sua não-indenizabilidade¹⁵⁹.

Nada obstante, a ordenação das atividades privadas pode justificar uma intervenção na esfera patrimonial dos administrados, além do mero condicionamento de direitos. São hipóteses em que o interesse público conflitará com o exercício pleno do plexo de prerrogativas que integram o exercício do direito de propriedade. Nesses casos, se estará diante de um *sacrifício de direitos*. Assim é que, de acordo com Juan Alfonso Santamaría Pastor¹⁶⁰, diferentemente das limitações de direitos, que restringem as faculdades concretas de um direito, os sacrifícios impõem a sua eliminação, ou, quando menos, a subtração de seu conteúdo substancial. O referido autor exemplifica tal fenômeno pela supressão do direito de propriedade levada a efeito pela lei espanhola de águas de 1985, que passou a propriedade das águas subterrâneas para o Poder Público, exemplo que guarda plena compatibilidade com o fenômeno que ora se investiga.

Ao comentar o referido instituto, Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁶¹ afirma que “não se qualificam como limitações – e sim sacrifícios de direitos – as medidas que, diversamente do que foi exposto, se propuserem a irrogar particularizadamente gravames a certos imóveis”. Em prosseguimento, afirma que “os sacrifícios de direitos são impostos por providências legítimas, amparadas em disposições que permitem ao Poder Público, em nome do interesse sobranceiro, fletir direitos alheios para realizar a

¹⁵⁹ Isto porque, como bem observa Juan Carlos Cassagne, as potestades públicas não podem exceder os gravames normais, sob pena de violação ao princípio da isonomia: “Diversos principios generales juegan el papel de límites de la potestad y del ejercicio de los poderes que derivan de ella. Por de pronto, al nacer las potestades del ordenamiento no pueden configurar poderes indeterminados o absolutos, que coloquen a las personas en una situación de sujeción indefinida ni absoluta. Una regla semejante implicaría la quiebra del Estado de Derecho que se edifica sobre el principio básico de la libertad frente a los poderes públicos, trastocando la regla que predica que las restricciones a la libertad constituyen la excepción dentro del sistema de derechos y garantías constitucionales. (CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo II*. 6. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998. p. 501)

¹⁶⁰ PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. *Principios de derecho administrativo general*. 1. ed. V. II. Madrid: Editora Iustel, 2006. p. 276.

¹⁶¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Tombamento e dever de indenizar. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 20, n. 81, p. 65-73, jan.-mar. 1987, p. 68.

satisfação de interesse públicos”. Luis Manuel Fonseca Pires¹⁶², por sua vez, ao diferenciar este instituto dos condicionamentos de direitos, se posiciona no sentido de que:

sacrifícios de direitos consistem na autorização legislativa ao Estado para atingir os direitos consagrados no ordenamento jurídico e já incorporados concretamente pelos administrados, diferentemente da conformação dos direitos, na qual se traceja e, com isto, se desenha o conceito e a definição de determinado valor (liberdade ou propriedade) para o direito positivo.

Assim é que os *sacrifícios de direitos*, em razão da particularização dos gravames suportados pelos particulares (e da sua anormalidade), são indenizáveis. No ordenamento jurídico pátrio, seriam exemplos desse instituto as desapropriações e as servidões administrativas. Porém, não seriam sacrifícios de direitos, como ensinam Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramon Fernandes¹⁶³, as ablações decorrentes de uma intervenção ordenadora do Poder Público em relação jurídica singular entre a Administração e o titular do bem ou do direito sacrificado. No mesmo sentido, Patrícia Ferreira Baptista¹⁶⁴ afirma que “não seriam sacrifícios de direito as medidas de ocupação e utilização de bens de concessionária de serviço público pela Administração, por ocasião da extinção do contrato de concessão, não obstante a previsão de indenização, constante da Lei nº 8.987/1995”. Em prosseguimento, a referida autora conclui que “neste caso, verifica-se uma relação jurídica específica, com critérios próprios de aferição, e não uma relação de sujeição geral no âmbito do Poder de Polícia”.

Não se abona tal entendimento. Por vezes, o título habilitante específico que materializa uma relação de sujeição especial não dispõe de formas específicas de recomposição dos prejuízos suportados pelos particulares, o que ensejará a incidência do regime jurídico dos sacrifícios de direitos.

¹⁶² PIRES, Luis Manuel Fonseca. A propriedade privada em área de proteção ambiental. In: FONSECA, Luis Manuel; ZOCKUN, Maurício (Coords.). *Intervenções do Estado*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 37.

¹⁶³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDES, Tomás-Ramon. *Curso de Derecho Administrativo*. T. II. Madri: Civitas, 1997. p. 247.

¹⁶⁴ BAPTISTA, Patrícia Ferreira. Limitação e sacrifício de direitos – o conteúdo e as consequências dos atos de intervenção da Administração Pública sobre a propriedade privada. Disponível em:

<http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_limitadir.pdf>.

Acesso em: 29 ago. 2015.

Explica-se. No regime tradicional da *concessão de serviços públicos à francesa*, o concessionário possuía o direito subjetivo ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, decorrente de um regime jurídico especial e de privilégios (*publicatio*) atribuído à Administração Pública. Ocorre que tal modelo de delegação, como é sabido, vem sofrendo forte influência do conceito de Serviço Econômico de Interesse geral, plasmado no art. 86-2¹⁶⁵ do Tratado de Roma, com redação dada pelo Tratado de Amsterdã. Essa nova vertente dos serviços de interesse econômico geral foi sendo construída pela interpretação conferida pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) acerca de tal dispositivo, que construiu esse conceito com base em três pilares: (i) na garantia da liberdade iniciativa; (ii) na primazia da concorrência, quando técnica e economicamente viável; e (iii) na garantia de interesses gerais, que justifiquem restrições a essa liberalização¹⁶⁶.

De acordo com essa concepção, o regime jurídico de privilégios – que traz ínsito o conceito de equilíbrio econômico-financeiro – só deverá ser utilizado quando necessário à manutenção e à universalização dos serviços delegados, como ficou assentado, por exemplo, no famoso caso *Corbeau* (processo C-320/91, de 19 de maio de 1993). O caso versava sobre a violação que teria sido perpetrada pelo comerciante Paul Corbeau ao Monopólio Postal Belga, o qual era explorado pela Régie des Postes, pessoa jurídica de direito público daquele país. Tal violação estaria ocorrendo, em razão de o referido comerciante estar prestando, no Município de Liège, serviços expressos de recolhimento e de distribuição de correspondências, o que traria prejuízos ao dever de universalização do serviço prestado pela Régie des Postes. Ao examinar a questão, o

¹⁶⁵ Confira-se o teor do dispositivo: “[...] as empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse econômico geral ou que tenham a natureza de monopólio fiscal ficam submetidas ao disposto no presente Tratado, designadamente às regras de concorrência, na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada. O desenvolvimento das trocas comerciais não deve ser afectado de maneira que contrarie os interesses da Comunidade”.

¹⁶⁶ Floriano de Azevedo Marques Neto aponta que os serviços públicos prestados no Brasil vêm sendo influenciados por esse conceito nas seguintes vertentes: (i) pela superação da ideia de exclusividade na sua prestação e pelo fomento à instituição de concorrência neste segmento; (ii) pela relativização da outorga estatal como condição de acesso à prestação do serviço, o que autoriza uma dualidade de regimes jurídicos; (iii) pela relativização da limitação temporal do direito de exploração do serviço público; (iv) pela degradação das cadeias de serviço público e sua fragmentação regulatória; e (v) pela sua precificação variável, adotando-se critérios flexíveis de variação tarifária. (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os serviços de interesse econômico geral e as recentes transformações dos serviços públicos. In: *Direito Público em Evolução*: estudos em homenagem à professora Odete Medauar. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 546)

TJCE aduziu que a empresa encarregada de uma missão de interesse geral trabalha de modo a compensar os prejuízos dos serviços menos rentáveis com outros mais lucrativos, razão pela qual poderia ser prejudicada nas hipóteses de abertura de seus serviços à concorrência. Mas, neste caso, concluiu que “o equilíbrio financeiro do serviço de interesse econômico geral assumido pelo titular do direito exclusivo não restou prejudicado, pela especificidade dos serviços prestados por aquele comerciante”.

Como se extrai desse julgado, de acordo com a concepção dos serviços de interesse econômico geral, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro está atrelada à franja de serviços que veiculem deveres de universalização e de continuidade, e não a todos os serviços prestados que veiculem interesses públicos. Diante disso, entende-se que se deve aplicar o regime jurídico dos *sacrifícios de direitos*, sob pena de tais atividades restarem inviabilizadas em decorrência de atos gerais e abstratos do Poder Público, mas que tenham efeitos concretos nas relações de sujeição especial travadas com o Poder Público.

Na mesma direção, no regime das *public utilities* norte-americanas, em que não há um conceito tradicional de serviços públicos – pautado pelo equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão –, as atividades econômicas que veiculam interesses públicos são protegidas em face de expropriações levadas a efeito pelo poder de polícia estatal. Exemplo dessa discussão foi o caso *Smith vs Ames* (1898), apreciado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, no qual se questionava dispositivo da Constituição do Estado do Nebraska que fixava valores máximos para as tarifas de transporte de passageiros em estradas de ferro. Na ocasião, esse dispositivo fora declarado inconstitucional, por ter se configurado como uma restrição ao direito de propriedade, sem a observância do devido processo legal, garantido pela Décima Quarta Emenda à Constituição daquele país.

Nesse quadrante, seja pela incorporação do conceito europeu de “serviço de interesse econômico geral”, seja pela incorporação do conceito das “*public utilities*” norte-americanas, vem sendo relativizada a outorga estatal como condição de acesso à prestação do serviço. É dizer, a concessão passa a concorrer com outros instrumentos que viabilizam a exploração de serviços que veiculam a prestação de relevantes interesses públicos, a exemplo da autorização e de outros títulos disciplinadores do exercício de atividades econômicas. Daí porque se defende que o regime dos sacrifícios de direitos terá lugar nas hipóteses em que a Administração não celebra com

particulares relações contratuais resguardadas pelo dever de manutenção do equilíbrio econômico financeiro¹⁶⁷.

Pois bem. Nada obstante o esforço de autores pátrios e alienígenas, na prática, nem sempre, é possível identificar se uma intervenção ordenadora se configura como *condicionamento de direito* ou como um *sacrifício de direito*. Certamente, uma das maiores contribuições para a sistematização do tema foi a de Carlos Ari Sundfeld¹⁶⁸, que tratou de refutar os três critérios referidos pela doutrina para distinguir os dois institutos, quais sejam: o da transferência patrimonial, o da veiculação da instituição do gravame e o da singularidade da medida.

De acordo com o referido autor¹⁶⁹, para parte da doutrina pátria, caso a intervenção ordenadora resulte na transferência da propriedade para Poder Público, estar-se-ia diante de um sacrifício de direitos; por outro lado, caso a intervenção, embora restritiva, mantivesse o bem sob a propriedade dos particulares, estar-se-ia diante de um condicionamento de direitos. Em prosseguimento, Sundfeld assevera que, para outros doutrinadores, os condicionamentos de direitos decorreriam da lei, ao passo que os sacrifícios de direitos de atos administrativos concretos. E, por fim, expõe que, de acordo com a classificação tradicional, os condicionamentos de direitos seriam veiculados por atos gerais e abstratos, enquanto os sacrifícios de direitos por medidas singulares.

Para Sundfeld¹⁷⁰, nenhum dos três critérios apontados pela doutrina pátria se apresenta como satisfatório para diferenciar os dois institutos, pelas seguintes razões: (i) *o da transferência patrimonial*, porque os sacrifícios de direitos podem ser resultado de uma medida que não transfere a propriedade do particular para Administração Pública;

¹⁶⁷ Exemplo disso são as autorizações conferidas para exploração de Telefonia Móvel, título habilitante que não é resguardado pelo equilíbrio econômico-financeiro, como se extrai da Cláusula 3.2, da sua minuta disponibilizada pela Anatel: “Cláusula 3.2 - A AUTORIZADA prestará o serviço objeto desta Autorização por sua conta e risco, dentro do regime de ampla e justa competição estabelecido na LGT, sendo remunerada pelos preços cobrados, conforme disposto neste Termo de Autorização. §1º A AUTORIZADA não terá direito a qualquer espécie de exclusividade, qualquer hipótese de garantia de equilíbrio econômico-financeiro, nem poderá reclamar direito quanto à admissão de novas prestadoras do mesmo serviço”.

¹⁶⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003. pp. 89-94.

¹⁶⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003. pp. 89-94.

¹⁷⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003. pp. 89-94.

(ii) *o do veículo da instituição do gravame*, porque, não raro, medidas legislativas impõem sacrifício de direito a particulares¹⁷¹; e (iii) *o da generalidade e da singularidade da medida*, porquanto nem sempre é possível identificar o caráter geral ou singular de uma medida restritiva do direito de propriedade. Tanto é verdade que institutos como o tombamento e a limitação administrativa, intervenções, genéricas e abstratas, que não resultam em transferência da propriedade do particular para o Poder Público, podem se configurar como *sacrifício de direitos*, quando esvaziarem o conteúdo do direito de propriedade¹⁷² (a isso se voltará adiante).

Diante dessas considerações, é possível se inferir que a expropriação normativa se configura como um *sacrifício de direitos*. E isso pelas seguintes razões: (i) primeiro porque, embora a expropriação normativa não transfira a propriedade para o Regulador,

¹⁷¹ Destarte, me parece acertada a observação de Juan Alfonso Santamaría Pastor, no sentido de que não é generalidade, mas a intensidade que determinará a natureza de sacrifício de direitos: As limitações, evidentemente, não podem ser indenizáveis quando possuam alcance geral ou quando, por sua intensidade, imponham às pessoas privadas gravames que não excedam aos inconvenientes normais que impõe a vida em sociedade (p. ex. a obrigação de desvio em uma rodovia por razão de obras). Porém o dever indenizatório se faz presente nos casos opostos de limitações singularizadas a sujeitos determinados, que suponham uma ruptura do princípio da igualdade ante às cargas públicas e que excedam os parâmetros de incômodo antes citados. Naturalmente, trata-se de indicações de uma grande abstração, que somente podem ser especificadas em cada caso concreto. (PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. *Op. cit.*, p. 282)

¹⁷² Com base nos ensinamentos do referido autor, José Roberto Pimenta apresenta as seguintes conclusões: “*Em primeiro lugar*, o aspecto material (*facere, non facere* ou *pati*) que resulta da intervenção estatal não responde pela identificação da sua qualificação jurídica como técnica de condicionamento ou técnica de sacrifício. *Em segundo lugar*, como o direito de propriedade foi assegurado como direito fundamental, mesmo que a intervenção estatal se faça por obra do legislador não há como negar-se o direito de justa e prévia indenização em dinheiro, constatando-se que da incidência do regime legal se opera o sacrifício total ou parcial do direito. *Em terceiro lugar*, como o fenômeno depende do resultado do processo de concretização das normas interventivas em cada caso concreto, é possível cogitar de regramentos abstratos cujas repercussões práticas ensejem consequências distintas. *Em quarto lugar*, como o fenômeno mantém relação com o processo de individualização do direito, não é possível descartar que mesmo originariamente qualificável como condicionamento, alterações fáticas supervenientes impliquem a produção de sacrifício *a posteriori*, impondo uma correlata re-qualificação da forma interventiva. *Em quinto lugar*, deveras a única forma de sacrifício de direito que, uma vez consumado, acarreta indenização *a posteriori* vincula-se à requisição de bens por iminente perigo público, devendo-se acrescentar, por conseguinte, que o dispositivo não autoriza outras hipóteses de requisições (a título de requisições ordinárias ou ocupação provisória), fora do quadro fático indicado pela norma constitucional, em que se postergue a indenização devida ao afetado pelo sacrifício. *Em sexto lugar*, faz urgente uma readequação de diversos institutos ou restrições legais existentes ao tempo da promulgação da Constituição de 1988 a fim de estabelecer a exata compostura com a qual foram recepcionadas pelo novo ordenamento jurídico, medida que até a presente data ainda não ocorreu”. (OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Atividade administrativa de ordenação da propriedade privada e tombamento: Natureza jurídica e indenizabilidade. *Revista Trimestral de Direito Público – RTDP*, São Paulo, n. 55, p. 104-118, 2011. p. 25.)

ela esvazia (ou reduz) o seu conteúdo econômico; e (ii) segundo, porque a sua intensidade faz com que agentes regulados específicos suportem *encargos anormais*, que os desigualam – em violação ao *princípio da isonomia* – para com o restante da sociedade.

Nada obstante, a doutrina pátria, ora qualifica esse fenômeno como uma “limitação administrativa”, instituto que veicula um *condicionamento de direitos*, ora como uma desapropriação indireta, instituto que veicula um *sacrifício de direito* que pressupõe a transferência da propriedade privada para o Poder Público. Daí porque, nos próximos itens, serão investigados os principais aspectos desses institutos, para o fim de se aferir se a regulação as expropriação normativa ou regulatória se submete aos seus respectivos regimes jurídicos.

3.4 As limitações administrativas de direitos *versus* as expropriações normativas

As limitações administrativas em sentido estrito (espécie de condicionamentos de direitos) são restrições impostas por lei (ato genérico e abstrato)¹⁷³ ou por regulamento administrativo dela decorrente¹⁷⁴, que são impostas, pela Administração Pública¹⁷⁵, a partir de um procedimento de *ponderação dos interesses* (entre os direitos

¹⁷³ Esse entendimento parece ser o mesmo de Fernando Andrade de Oliveira: “Todavia, o poder de polícia, exercido pela polícia administrativa, por sua própria natureza, isto é, como fração ou segmento da administração pública, necessariamente atua sob a Constituição e a lei formal. Em outras palavras, a administração pública, no seu todo, agora também considerada sob o aspecto formal, é atividade estatal sublegal, ou seja, que se desenvolve com base no princípio da legalidade”. (OLIVEIRA, Fernando Andrade de. Restrições ou limitações ao direito de propriedade. *Revista de Direito Administrativo* - RDA, Rio de Janeiro, v. 141, p. 15-30, jul./set. 1980. p. 25)

¹⁷⁴ Isso porque, à luz do art. 5º, inciso II, da CRFB, a limitação administrativa só poderá ser instituída por lei. Todavia, a sua execução poderá ser levada a efeito por ato administrativo, como já teve a oportunidade de reconhecer o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – TJ RJ: “A regra inscrita no Dec. Municipal 3046/81 que veda o parcelamento dos terrenos onde se tenham estabelecido clubes configura limitação administrativa que, por sua natureza restritiva do direito de propriedade, somente poderia ser instituída por lei”. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. TJRJ, 1.ª Câm. Cível, Rel. Des. Carlos Raimundo Cardoso, Apelação n.º 7.495/99, votação unânime).

¹⁷⁵ Embora imposta pela Administração Pública, já se tem notícia de julgados que vêm conferindo aos particulares legitimidade para exigir o cumprimento de limitações administrativas, como se extraí da seguinte decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: “As limitações administrativas ao direito de construir e consequentemente aos demais direitos geram direitos subjetivos aos particulares interessados na sua observância, habilitando-os a pedir a demolição de obras vedadas por lei, ou a impedir atividades ilegítimas, mas toleradas indevidamente pela Administração. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento n. 2003.002.05310. Data de Julgamento: 04 mar. 2003)

fundamentais que estejam em colisão) realizado, unilateralmente, que não resultam na expropriação dos direitos de liberdade e de propriedade, mas no estabelecimento de obrigações de não fazer (*non facere*), de fazer (*facere*)¹⁷⁶, ou de sujeição especial (*pati*)¹⁷⁷. São exemplos de limitações administrativas: o parcelamento, a edificação e a utilização compulsória do solo, nos termos do plano diretor (art. 5º da Lei nº 10.257/2001), a instituição de “servidão administrativa¹⁷⁸” para os agentes da administração pública transitarem nos terrenos reservados às margens das correntes públicas de uso comum (art. 12 do Decreto nº 24.643/1934 – Código de Águas), as áreas *non aedificandi*, vizinhas das águas correntes e dormentes, de rodovias, ferrovias e dutos, conforme disposto no art. 4º, inciso III, da Lei nº 6.766/1979.

Do conceito proposto, destacam-se, para os fins da presente dissertação, duas de suas características: (i) a de ser tal restrição submetida a “um procedimento de ponderação de interesses”; e (ii) de “não resultar na expropriação dos direitos de liberdade e de propriedade”. A primeira traz em si a necessidade de sua processualização; afinal, no âmbito de um Estado Democrático de Direito, não se cogita mais que uma decisão administrativa possa ser proferida, salvo em situações excepcionas, sem a participação dos seus destinatários, máxime quando dela resulte restrições de direitos – as leis de processo administrativo brasileiras são preñhes de previsões nesse sentido¹⁷⁹.

¹⁷⁶ Hely Lopes Meirelles parece concordar com esse entendimento: “Alguns autores menos atualizados com o Direito Administrativo se recusam a admitir possa o Poder Público impor obrigações de *fazer* aos particulares, só admitindo as limitações administrativas consistentes em *não fazer* e *deixar fazer*. Tal entendimento está superado. As normas administrativas tanto podem impor obrigações negativas, como permissivas e positivas aos particulares”. (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p.568.)

¹⁷⁷ Para Rafael Bielsa, são pressupostos das limitações administrativas: a) a obrigação de fazer ou de não fazer, na tentativa de conciliar o direito público e o privado, tem sua intensidade limitada até onde vai a necessidade administrativa; b) não há o dever de indenizar; c) atingem os indivíduos de forma genérica. (BIELSA, Rafael. *Derecho administrativo*. T. IV. Buenos Aires: La Ley, 1965. p. 375)

¹⁷⁸ Não se adere ao entendimento no sentido de que as servidões podem ser instituídas por lei. As servidões fazem recair um gravame real em uma propriedade específica, ao passo que as limitações impõem essa restrição à propriedade indeterminadas.

¹⁷⁹ A Lei de processo administrativo do Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, em seu art. 9º, inciso II, dispõe que todos aqueles que tenham os seus interesses afetados participem do processo administrativo: “Art. 9º Poderão atuar no processo administrativo os interessados como tais designados: II. aqueles que, sem haverem iniciado o processo, tenham direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada”.

A segunda, que diz respeito à ausência de ablação de direitos, confere a tal restrição uma característica consequencial: a sua não-indenizabilidade. A jurisprudência pátria consagrou, há muito, tal entendimento, por meio da súmula nº 142 do então Tribunal Federal de Recursos, a qual dispunha que: “A limitação administrativa «non aedificandi» imposta aos terrenos marginais das estradas de rodagem, em zona rural, não afeta o domínio do proprietário, nem obriga a qualquer indenização”¹⁸⁰. Esse regime jurídico, de acordo com Carlos Ari Sundfeld¹⁸¹ – como quem se está de acordo –, confere a tal modalidade interventiva a natureza jurídica de *condicionamento de direitos*.

Ocorre que, por vezes, essas limitações administrativas resultam no esvaziamento econômico do direito de propriedade. E o que é pior, sem que aos proprietários afetados seja garantida a instauração de um devido processo legal expropriatório – como determina o regime constitucional do direito de propriedade apresentado no capítulo anterior. Ao comentar o referido fenômeno, José Maria Pinheiro Madeira e Jansen Amadeu do Carmo Madeira¹⁸² aduzem que:

o que se tem admitido, por outro lado, é a possibilidade de uma intervenção drástica na propriedade se disfarçar de limitação administrativa para não gerar o dever do Poder Público de indenizar os atingidos pela norma.

¹⁸⁰ Nesse sentido, permita-se a transcrição de excerto de texto clássico de Fernando Andrade de Oliveira sobre o tema: “A *limitação administrativa* é um dos instrumentos de intervenção do Estado na propriedade privada - na sua ampla acepção, intervenção ordenatória, abstrata e geral, na propriedade e na atividade privadas, limitativa de exercício de direitos, gratuita, permanente e indelegável. Sua *universalidade*, ou seja, sua aplicação uniforme sobre propriedades ou atividades *de uma mesma classe*, garante-lhe a *gratuidade*. O sacrifício limitatório é a *todos* imposto, na mesma medida, sem exceção, incidindo sobre relações jurídicas indeterminadas, apenas determináveis quando da sua aplicação. Empregadas na atividade do *poder de polícia* do Estado, as limitações administrativas podem ser baixadas por *atos gerais* - lei ou decreto regulamentar - sem jamais importarem na coibição total do exercício de direitos, porque no caso somente seria admissível a desapropriação. (OLIVEIRA, Fernando Andrade de. Restrições ou limitações ao direito de propriedade. *Revista de Direito Administrativo* - RDA, Rio de Janeiro, v. 141, p. 15-30, jul./set. 1980. p. 16.)

¹⁸¹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiro, 2003. p. 55.

¹⁸² MADEIRA, Jansen Amadeu do Carmo; MADEIRA, José Maria Pinheiro. Institutos afins a desapropriação (1ª parte). *Fórum Administrativo* – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 8, n. 89, jul. 2008. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=54330>>. Acesso em: 23/07/2015.

Do mesmo modo, Hely Lopes Meirelles¹⁸³ reconhece a possibilidade de uma limitação administrativa ter consequências expropriatórias, quando leciona que:

se o impedimento de construção ou do desmatamento atingir a maior parte da propriedade ou sua totalidade, deixará de ser limitação para ser interdição de uso da propriedade e, neste caso, o Poder Público ficará obrigado a indenizar a restrição que aniquilou o direito dominial e suprimiu o valor econômico do bem. (grifamos)

Juliano Heinen¹⁸⁴ aponta os três requisitos para a configuração dessa modalidade anômala de condicionamento de direito: (i) ela dever ser lícita; (ii) deve existir nexo de causalidade entre a limitação e o empobrecimento; (iii) o dano experimentado pelo particular não deve ter uma causa justa; e (iii) deve esvaziar o conteúdo econômico do direito de propriedade, limitando substancialmente suas faculdades e o fim precípuo a que se destina.

A jurisprudência é prenhe de julgados sobre tal modalidade de “limitação administrativa expropriatória¹⁸⁵”. Por sua relevância, cite-se o Recurso Extraordinário nº 140.436-1, interposto perante do Supremo Tribunal Federal – STF, que fora distribuído à relatoria do ex Ministro Carlos Velloso. Na origem, tratou-se de ação indenizatória ajuizada por proprietários de lotes de terrenos situados à margem do

¹⁸³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 638.

¹⁸⁴ HEINEN, Juliano. Limitações administrativas e o conteúdo econômico da propriedade: uma “desapropriação à brasileira”. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, Rio de Janeiro, v. 260, p. 133-181, maio/ago. 2012.

¹⁸⁵ Veja-se, sobre o tema, este julgado da lavra do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP, assim ementada: “[...] Limitação administrativa. Indenização. O condicionamento do uso da propriedade por intermédio de limitações administrativas, regras gerais impostas igualmente a todos os proprietários na mesma condição, não gera a obrigação de indenizar. Poderá dar direito à indenização, no entanto, se as limitações impedirem o próprio uso da propriedade segundo sua destinação natural 3. Propriedade. Destinação natural. A expressão “destinação natural” tem conteúdo ambíguo e deve ser aplicada com cuidado; não se confunde com a expectativa subjetiva, com os sonhos nem com os projetos que o proprietário possa ter. (TJ. Apelação nº 453.953.5/6-00). O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro possui importante julgado que examinando essa espécie de limitação: As limitações administrativas, como regra, não dão direito à indenização por serem de caráter geral, impostas com fundamento no poder de polícia do Estado, gerando para os proprietários obrigações positivas ou negativas, com o fim de condicionar o exercício do direito de propriedade ao bem estar social. Mas, se a pretexto de limitação administrativa ou tombamento, a Administração impõe à propriedade particular restrição que afeta integralmente o direito de uso, gozo e livre disposição do bem, tratar-se-á de desapropriação, à qual deve corresponder a devida indenização, sob pena de configurar-se o confisco”. BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. II Grupo de Câmaras Cíveis. Embargos Infringentes na Apelação Cível nº 4.324/90. Relator: Des. Sérgio Cavalieri Filho. Da mesma forma, V. BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Processo n. 1.0702.03.041201-0/001. Data da decisão: 27 set. 2007. TJ SP. Apelação em Revisão nº1538245000. TJSP Embargos Infringentes nº 3189265001.

Reservatório Billings, que teve como causa de pedir a exigência de recuo de 50 metros de proteção horizontal em seu terreno, levada a efeito, pelo Município de Rio Grande da Serra, por meio das Leis Municipais nºs 898/1975 e 1.172/1976. Ao apreciar esta demanda, o voto condutor do referido ministro foi no sentido que “se a restrição administrativa causa aniquilamento da propriedade, surge, em favor do proprietário, o direito à indenização”.

Duas questões emergem dessas hipóteses de “limitações administrativas expropriatórias”. A primeira tem de ver com a possibilidade de o proprietário alegar direito adquirido (previsto no art. 5º, inciso XXXVI, da CRFB) ao prosseguimento do exercício de uma atividade econômica, quando um novo ato normativo impõe uma limitação administrativa de direitos à sua atividade. Ou seja, nessas hipóteses, a questão que se apresenta é a de se teria lugar um “direito de pré-ocupação” da atividade exercida. Essa questão ainda não foi objeto de apreciação definitiva dos Tribunais Superiores, mas se tem notícia de acolhimento desta tese em tribunais de justiça estaduais¹⁸⁶. A segunda diz respeito à impossibilidade da expropriação da propriedade privada, sem que o Poder Público percorra um devido processo legal expropriatório, como determina o art. 5º, inciso LV c/c inciso XXIV da CRFB.

Quanto à primeira, não se enxerga a existência de um “direito de pré-ocupação” à atividade empresária, na medida em que a instauração de novas limitações administrativas, em face da mutabilidade do interesse público, inaugura um novo regime jurídico para a utilização de determinado bem. Por conseguinte, tais limitações anômalas se submetem à remansosa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF¹⁸⁷ no sentido de que “não há direito adquirido a regime jurídico”. Mas isso não significa dizer que tal expropriação de direitos não deva ser indenizada. Embora não se trate de um procedimento de desapropriação em sentido estrito, ao agente econômico foi imposto um ônus desproporcional e anormal ao restante da sociedade, em razão de este ter constituído um fundo de comércio sob a vigência do ordenamento jurídico

¹⁸⁶ Neste sentido foi a decisão do Tribunal de Alçada de Minas Gerais na Apelação Cível nº 45.501-1, que teve como relator o Juiz Schalcher Ventura. Essa decisão foi citada por Paulo de Bessa Antunes. O autor a qualifica como ultrapassada, citando duas outras, supostamente contrárias e mais recentes, do Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, mas que na verdade não ferem o ponto decisivo da questão, assim, não se pode dizer que estão renovando o posicionamento jurisprudencial acerca do tema. (ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 102)

¹⁸⁷ STF. RE n. 563.965-ED/RN, Tribunal Pleno, Emb. Decl. no Recurso Extraordinário, Relatora: Min. Cármen Lúcia, Julg. 03/06/2009, pub. 01/07/2009.

anterior¹⁸⁸. O tema merecerá maior aprofundamento, o que será feito ainda neste capítulo. Todavia, para os fins da presente dissertação, é relevante deixar-se, desde logo, vincado o entendimento de que as restrições administrativas genéricas e abstratas que gerem prejuízos individualizáveis devem ser objeto de indenização¹⁸⁹.

Quanto à segunda, parece indene de dúvidas que tais limitações expropriatórias predicam o estabelecimento de um devido processo legal expropriatório, posto que, ao fim e ao cabo, resultam na subtração de situações patrimoniais dos administrados. Do contrário, estar-se-ia negando a ampliação do conceito de desapropriação referida por Carlos Ari Sundfeld¹⁹⁰, por meio do qual passa a se entender como uma hipótese de expropriação da propriedade privada a subtração de seu conteúdo econômico, ainda que não ocorra a transferência do domínio para o Estado.

Assim é que essas hipóteses de limitação administrativa expropriatória não se caracterizam como um *condicionamento de direito*, mas, sim, como um *sacrifício de direitos*. Essa qualificação é de todo relevante, porquanto, como visto, de acordo com a Constituição de 1988, essa espécie de ablação do direito de propriedade predica: (i) a instauração de um devido processo legal; e (ii) o pagamento de prévia indenização. Por isso, entende-se que, se as limitações administrativas resultarem no esvaziamento do

¹⁸⁸ Trata-se da mesma lógica aplicada à desapropriação de estabelecimento comercial que é explorado por agente que não é proprietário do bem, hipótese em que a jurisprudência pátria vem aplicando a responsabilização objetiva do Estado como se extrai do seguinte julgado da lavra do Superior Tribunal de Justiça – STJ: “É pacífico na doutrina e na jurisprudência que a desapropriação resolve os contratos de locação. Como não se trata de direito real, não há a sub-rogação do direito do locatário, titular de direito pessoal ou obrigacional, no valor indenizatório. Diante disso, pergunta-se: o locatário faz jus à indenização? Quem deve indenizar? Em caso positivo, qual a via adequada? No que concerne à primeira indagação, a resposta é positiva. Afinal, inexistente norma que exclua a responsabilidade civil do Estado no caso de desapropriação; ao contrário, ao Estado é atribuída responsabilidade objetiva (art. 37, 6º, CF). Desse modo, provando o locatário que teve prejuízos com a resolução do contrato locatício por força da desapropriação, tem direito a tê-los reparados pelo expropriante”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.395.221 – SP, Relator: Ministra Eliana Calmon. Segunda Turma. Data de julgamento: 04 abr. 2013).

¹⁸⁹ No mesmo sentido, Camila Araújo Trade: “De consequência, quando o Poder Público, direta ou indiretamente, produz o esvaziamento econômico da propriedade, fica obrigado a reparar o prejuízo, porque resta caracterizada a interdição ou a via de incômodos da propriedade privada. Nesta compreensão, a interdição que gera a perda do valor econômico do bem pode até ser considerada como desapropriação indireta, uma vez que ceifa direitos individuais do particular, impedido-o de usar e gozar de seu bem, gravado pela restrição administrativa, que lhe proscreve direito constitucional fundamental. (TRADE, Carolina Araújo. Indenizabilidade das áreas de preservação permanente. *Revista Brasileira de Direito Municipal* – RBDM, Belo Horizonte, ano 10, n. 31, p. 27-49, jan./mar. 2009)

¹⁹⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 99.

direito de propriedade, elas se descaracterizam como *condicionamentos de direitos*, passando a ser regidas pelo regime jurídico dos *sacrifícios de direitos* (o qual será doravante detalhado). Entendimento diverso repesaria, no limite, baralhar o regime jurídico dos *condicionamentos de direitos* e dos *sacrifícios de direitos*, o que reduziria as garantidas dos administrados e fomentaria o arbítrio estatal.

Mas qual seria o prejuízo dessa confusão? Considerar que tais limitações expropriatórias seriam sempre ilícitas. Tal conclusão, contudo, não parece ser a mais acertada. A função de ordenação das atividades – que tem lugar, também, no exercício da regulação – pode produzir consequências negativas. E isso porque a intervenção do Estado na propriedade privada nunca será neutra, na medida em que beneficiará uns e prejudicará outros. O que resultará na sua ilegalidade é a sua intensidade – e aqui terá lugar a aplicação do princípio da proporcionalidade –, ou a ausência de uma adequada procedimentalização – por exemplo, nas hipóteses em que tal procedimento seja uma garantia constitucional, como nas desapropriações.

Caso entenda-se que as limitações administrativas expropriatórias seriam ilegais, poder-se-ia cogitar de sua anulação. Solução que poderá não atender o interesse público tutelado por essa medida (v.g a proteção do meio ambiente, a ordenação das cidades). A rigor, trata-se de uma atividade lícita que produz consequências indesejadas, razão porque necessitam da observância de um devido processo legal. Afinal, ninguém cogitaria de defender o entendimento no sentido de que a desapropriação seria um ato ilegal – salvo, evidentemente, nas hipóteses de abuso de direito. Por se tratar de um *sacrifício de direito*, predica da observância das garantidas que o ordenamento jurídico confere aos administrados. Diante do exposto, é necessário sumariar, em proposições objetivas, as conclusões que são extraídas deste item:

- (i) As limitações administrativas são atos, genéricos e abstratos, que não resultam na expropriação dos direitos de liberdade e de propriedade dos particulares, mas no estabelecimento de obrigações de não fazer (*non facere*), de fazer (*facere*), ou de sujeição especial (*pati*);
- (ii) essa modalidade de intervenção do Estado na propriedade se configura como um *condicionamento de direito*, e não como um *sacrifício de direito*;

- (iii) nada obstante, não raro, as limitações administrativas resultam no esvaziamento do direito de propriedade, hipótese em que passam a ser disciplinadas pelo regime jurídico dos *sacrifícios de direitos*;
- (iv) tal espécie de limitação administrativa não é, *per se*, ilícita, mas predica de uma procedimentalização, como determina a Constituição de 1988; e
- (v) nesse quadrante, a “expropriação normativa” não se configura como uma limitação administrativa – espécie de condicionamento de direitos –, mas como um *sacrifício de direitos*, o qual terá suas consequências jurídicas delineadas ainda neste capítulo.

3.5 A desapropriação indireta versus as expropriações normativas

A Administração Pública não se limita a estabelecer restrições, genéricas e abstratas, ao direito de propriedade dos administrados. De acordo com o interesse público tutelado, a intervenção administrativa pode resultar em restrições concretas, em propriedades específicas. Essas restrições concretas estatais podem ser limitadas no tempo (quando o Poder Público se utiliza de institutos como a requisição administrativa, ou a ocupação temporária), ou, por prazo indeterminado (quando se utiliza dos institutos da servidão administrativa e da desapropriação).

Mas as possibilidades de intervenção do Estado na Propriedade privada vão além. Em determinadas hipóteses, o Estado subtrai a propriedade do particular, sem a observância do devido processo legal expropriatório, para o seu emprego na utilização de atividade que veicula relevante interesse coletivo (v.g a realização de obras públicas). Nas palavras de José Carlos de Moraes Salles¹⁹¹, por meio desses atos, ocorre o “desapossamento ou apossamento administrativo, pelo simples fato de que o Poder Público, inexistindo acordo ou processo judicial adequado, se apossa do bem sem o consentimento de seu proprietário”. Em prosseguimento, afirma que, nesses casos, “transfere-se, pois, a este último o ônus da desapropriação, obrigando-o a ir a juízo para reclamar a indenização a que faz jus. Inverte-se, portanto, as posições: o expropriante, que deveria ser autor da expropriatória, passa a ser réu da ação indenizatória; o expropriado, que deveria ser réu da expropriatória, passa a ser autor da indenizatória”.

¹⁹¹ SALLES, José Carlos de Moraes. *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 728.

No mesmo sentido, Laura Spyer Prates¹⁹², em artigo específico sobre o tema, aduz que “indubitavelmente, carece de legitimidade tal corriqueira prática, sendo verdadeiro apossamento abusivo e irregular, reduzido pela letra da lei a perdas e danos”.

É o que se convencionou denominar, em sede pretoriana, de desapropriação indireta¹⁹³. Para Ricardo Marcondes Martins¹⁹⁴, existiram duas espécies de desapropriação: a desapropriação indireta sem má-fé e a com fé. De acordo com referido autor, “a desapropriação indireta sem má-fé ocorre quando um bem privado passa a ser utilizado pela comunidade como bem de uso comum do povo, como, v. g., um logradouro” e “A desapropriação indireta com má-fé ocorre quando há esbulho pelo Poder Público, ou seja, quando este, sem propor a desapropriação, apossa-se da propriedade privada”. Não se concorda com esse entendimento. A desapropriação indireta é um inadmissível expediente adotado pelo Poder público, para o qual não há que se aferir seu elemento subjetivo (dolo ou culpa). Ele responderá, independentemente da existência de culpa, pelos danos provocados aos particulares, como determina a Teoria do Risco Administrativo¹⁹⁵, consagrada no art. 37, § 6º, da CRFB.

Pode-se inferir tratar-se de *fato da administração* (pois decorre de uma conduta material dos agentes do Estado)¹⁹⁶, que, com objetivo de resguardar a continuidade de determinada atividade administrativa (em razão do princípio da intangibilidade da obra

¹⁹² PRATES, Laura Spyer. Desapropriação indireta: direito e realidade. Revista *Brasileira de Direito Municipal* - RBDM, Belo Horizonte, ano 9, n. 29, pp. 39-48, jul./set. 2008. p. 3948. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=55160>>. Acesso em: 22 jan. 2015.

¹⁹³ O Supremo Tribunal Federal, há muito, delineou os contornos dessa situação, como se extrai do seguinte julgado datado de 1973: “[...] desapropriação indireta - ato ilícito - a chamada ação de desapropriação indireta, criação pretoriana à base de reivindicação convertida em indenizatória de esbulho, funda-se, em última análise, na prática de ato ilícito dos preposto da autoridade que deveria ter promovido desapropriação com imissão de posse, e, entretanto, não o fez, ordenando a violência ou a fraude contra o particular”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 75731 / PR – Paraná Recurso Extraordinário. Relator: Min. Aliomar Baleeiro. Primeira Turma. Julgamento: 15 maio 1973)

¹⁹⁴ MARTINS, Ricardo Marcondes. Apontamentos sobre desapropriação no direito brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Público* – RTDP, São Paulo, n. 57, p. 87-110, 2012. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=120604>>. Acesso em: 10/08/2015.

¹⁹⁵ V. Os Fundamentos da Responsabilidade Civil do Estado. Revista Brasileira de Direito Público - RBDP Belo Horizonte, n. 3, ano 1 Outubro / Dezembro 2003 Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12535>>. Acesso em: 18 dez. 2015.

¹⁹⁶ No mesmo sentido V. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 740.

pública¹⁹⁷), resulta na translação material da propriedade privada para o Poder Público (circunstância que caracteriza tal ato como um sacrifício de direitos), sem a observância do devido processo legal expropriatório (daí a sua ilicitude)¹⁹⁸. A ilicitude desse expediente decorre, como observado por Jair Eduardo Santana e Veronica Vaz de Melo¹⁹⁹, posto que ele “é realizado pelo Poder Público sem observância das formalidades legais. Na realidade, ela caracteriza um verdadeiro esbulho estatal”.

O referido apossamento administrativo tem previsão no art. 35 do Decreto-lei nº 3.365/1941, o qual dispõe que: “Os bens expropriados, uma vez incorporados à Fazenda Pública, não podem ser objeto de reivindicação, ainda que fundada em nulidade do processo de desapropriação²⁰⁰. Qualquer ação, julgada procedente, resolver-se-á em perdas e danos”. A *ratio* do referido dispositivo é a de impedir que o proprietário

¹⁹⁷ Diogo de Figueiredo Moreira Neto defende o mesmo entendimento: “Todavia, mesmo quando o Estado, deliberadamente ou não, *apossa-se* de um bem privado e o *utiliza efetivamente no interesse público*, considera-se que esta *afetação*, que decorrerá tanto da obra pública realizada como do uso público que se lhe dê, *integrará de direito*, irreversivelmente, o bem esbulhado, ao domínio público, cabendo, apenas, ao proprietário espoliado, pleitear a indenização, mas que, por decorrer de *ato ilícito* da Administração, deverá ser a mais ampla possível, contados os lucros cessantes desde o esbulho”. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 425)

¹⁹⁸ A doutrina parece convergir nesse sentido. V. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 194. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 837.

¹⁹⁹ SANTANA, Jair Eduardo; MELO, Verônica Vaz de. O Poder Judiciário frente à servidão administrativa e a hipótese de indenização integral por desapropriação indireta. *Fórum Administrativo* – FA, Belo Horizonte, ano 11, n. 130, p. 46-49, dez. 2011.

²⁰⁰ Em sentido contrário, Clovis Beznos afirmar que: “Como se vê, a regra estatuída pelo citado artigo 35 não alcança os bens compreendidos na chamada desapropriação indireta, porque tais bens não podem ser considerados como expropriados, pela ausência do requisito indenizatório e do processo legal, exigidos como pressupostos da desapropriação. Assim, não há no ordenamento jurídico respaldo normativo expresso a justificar a impossibilidade de ação de reivindicação do bem objeto de ilícito apossamento pelo Poder Público”. (BEZNOS, Clovis. *Aspectos jurídicos da indenização na desapropriação*. Belo Horizonte, Fórum, 2010, p. 59).

postule, em juízo, a recuperação da propriedade do bem expropriado²⁰¹, limitando-se ao pleito indenizatório²⁰².

Para os fins da presente dissertação, destacar-se-ão as duas espécies de desapropriação indireta apontada pela doutrina pátria. De acordo com Alexandre Santos de Aragão²⁰³, as desapropriações indiretas podem se configurar como a “desapropriação esbulho” e a “desapropriação regulatória”. Aquela se configuraria como a invasão da propriedade privada pelo Estado, seja por erro na demarcação dos limites das terras particulares, seja por culpa ou dolo. Esta, diversamente, seria um instituto semelhante ao apontado pela Suprema Corte dos Estados Unidos (*regulatory takings*), por meio do qual o Poder público institui uma restrição administrativa à propriedade que, ao contrário do que determinaria a sua natureza, acaba por retirar o conteúdo econômico do bem. No mesmo sentido, Gustavo Binenbojm²⁰⁴ afirma que são hipóteses de desapropriação indireta os casos em que “o Poder Público vai de encontro à propriedade privada (inclusive de bens imateriais), quando a pretexto de conformar, esvazia gravemente as funções inerentes ao exercício de suas faculdades (usar, fruir e dispor)”.

Não se abona, contudo, os referidos entendimentos. Para fundamentar tal divergência, apresentar-se-á julgado da lavra do Superior Tribunal de Justiça – STJ, que enfrentou esta temática, fixando alguns parâmetros, em sua *ratio decidendi*, que nos parecem determinantes para diferenciar o fenômeno que ora se investiga.

²⁰¹ Nesse sentido, Teori Albino Zavascki: “Entretanto, olhada sob o prisma do interesse público e da destinação social do bem, pode-se legitimar constitucionalmente a solução judicial. Não teria sentido algum, com efeito, em nome do direito de propriedade, comprometer a obra pública já realizada e já incorporada a uma destinação comunitária. Aqui, o princípio da função social, tomada no sentido amplo, deve ser privilegiado em face do estrito interesse particular”. (ZAVASCKI, Teori, A Tutela da posse na Constituição e no projeto do novo Código Civil, in MARTINS-COSTA, Judith (coord.), A reconstrução do direito privado. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2002. p. 55).

²⁰² Tal entendimento foi consagrado na Súmula nº114 do STJ, cujo teor é o seguinte: “Os juros compensatórios, na desapropriação indireta, incidem a partir da ocupação, calculados sobre o valor da indenização, corrigido monetariamente. Da mesma forma, confira-se o verbere sumular daquela mesma corte: Na desapropriação direta, os juros compensatórios são devidos desde a antecipada imissão na posse e, na desapropriação indireta, a partir da efetiva ocupação do imóvel”.

²⁰³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Limitações administrativas e sua excepcional indenizabilidade. Fórum Administrativo - FA, Belo Horizonte, n. 14, jan. 2014. p. 13

²⁰⁴ BINENBOJM, Gustavo. *Regulações expropriatórias*. Disponível em: <<http://www.editorajc.com.br/2010/04/regulacoes-expropriatorias/>>. Acesso em: 05 abr. 2015.

Acesso em: 05/04/2015

Trata-se do Agravo em Recurso Especial nº 382.944 – MG, distribuído à relatoria do Ex. Ministro Humberto Martins, que teve seu julgamento em 18 de março de 2014. Na origem, cuidava-se de ação indenizatória ajuizada por proprietário de imóvel rural, em razão da instituição de área de preservação permanente instituída por uma faixa de cem metros de largura às margens de lago reservatório da usina hidrelétrica. Ao apreciar esta demanda, aquela Corte Superior, ainda em sede de juízo admissibilidade, deixou assentado que: (i) a limitação administrativa se distingue da desapropriação, pois nesta há transferência da propriedade, com integral indenização; (ii) não há desapropriação indireta sem que haja o efetivo apossamento da propriedade; e (iii) as restrições ao direito de propriedade, impostas por normas ambientais, que esvaziem o conteúdo econômico, não constituem desapropriação. Por certo, tais diretrizes se aplicam ao fenômeno que ora se investiga. As expropriações normativas não resultam no apossamento da propriedade privada, nem, tampouco, na sua translação dominial para o Poder Público²⁰⁵. E mais: ela resulta da lícita atividade normativa pelo Poder Público. Sendo assim, entende-se que as expropriações normativas não se equiparam à desapropriação indireta, pelas seguintes razões objetivas:

- (i) A desapropriação indireta pressupõe a translação da propriedade privada para o Poder Público, ao passo que as expropriações normativas ocorrem sem que o Poder Público passe a ser o novo proprietário do bem;
- (ii) A desapropriação indireta decorre de um ato eivado de inconstitucionalidade, em razão da violação ao devido processo legal expropriatório, enquanto as expropriações normativas são consequências indesejadas do lícito exercício da função normativa estatal.

²⁰⁵ Tanto é verdade que ela é reconhecida em sentença e levada, posteriormente, a registro, como assevera Wladimir Cabral Lustoza: “No caso da chamada ‘desapropriação indireta’, resolve-se a questão do domínio na própria sentença, que o declara para o ente público que ocupou o imóvel, ficando a indenização fixada pela perda da propriedade pendente de satisfação por ação de execução específica, contra a fazenda pública prevista no art. 730 do Código de Processo Civil. O princípio da intangibilidade do bem público coloca-o a salvo das consequências da ação de execução referida, a qual tem regramento próprio para a satisfação do título executivo judicial que se forma a partir da sentença transitada em julgado, sem qualquer interferência no que concerne ao impulso inicial da execução que é privativo do particular”. (LUSTOZA, Wladimir Cabral. Do registro da imissão de posse para regularização fundiária: a questão da desapropriação indireta. *Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM*, Belo Horizonte, ano 14, n. 50, out./dez. 2013)

Mas, questione-se: qual a relevância de não se enquadrar as expropriações normativas como uma hipótese de desapropriação indireta? Toda. Caso se qualificasse essa vicissitude como uma desapropriação indireta, o expropriado só teria direito ao pleito indenizatório, já que a sua propriedade teria sido afetada a uma utilidade pública. Assim não nos parece. A uma, porque o agente regulado que sofre tais efeitos indesejados não poderá ser alijado de sua processualização, como será desenvolvido no quinto capítulo desta dissertação. A duas, porque a sua propriedade não passará, após a edição do ato regulatório, a ser afetada a um serviço de utilidade pública; na verdade, ela continuará vocacionada ao exercício de uma atividade privada, mas tendo seu valor econômico subtraído.

Nesse passo, forçoso é concluir esse item no sentido de que o fenômeno das expropriações normativas não é regido por nenhum dos institutos por meio dos quais o Estado intervém na propriedade privada. Nada obstante isso, não poderá o particular especialmente afetado pelo exercício dessa função suportar prejuízos anormais não extensíveis ao restante da sociedade. Daí porque se entende que essa vicissitude terá como consequência a incidência do regime jurídico da *Responsabilidade Civil do Estado por Ato Lícito*, mais especificamente, da *Responsabilidade Estatal pela Intervenção no Domínio Econômico*, tema que será desenvolvido a seguir.

3.6 As consequências das expropriações normativas: a Responsabilidade Civil do Estado pela Intervenção no Domínio Econômico

Como visto, o exercício da função normativa da administração, malgrado se configure como um ato lícito, pode impor a um agente específico sacrifício de direitos não extensíveis ao restante da sociedade, caso em que será considerada como expropriatória.

Nessas hipóteses, não há que se falar na prática de um ato ilícito pela Administração Pública, mas do que Josivaldo Félix de Oliveira²⁰⁶, em obra específica sobre o tema, denomina de “Ato Lícito Danoso”. Nas palavras do referido autor, tais atos serão indenizáveis “quando, embora o ato seja lícito, motivado por interesse público, causar um prejuízo, especial e anormal, isto é, trata-se de ato *impositivo de sacrifício e não simplesmente restritivo de direito*” (grifamos). Note-se que o referido

²⁰⁶ OLIVEIRA, Josivaldo Félix de. *A Responsabilidade do Estado por ato lícito*. São Paulo: Habeas, 1998. pp. 74-80.

autor endossa a tese ora defendida no sentido de que os atos lícitos – dos quais são exemplos as expropriações normativas –, ao causarem prejuízos específicos aos administrados, não se caracterizam como *condicionamientos*, mas como *sacrificio de derechos*, o que atrai a sua disciplina para o Regime Jurídico da Responsabilidade do Estado por Ato Lícito²⁰⁷.

Ao comentar o referido fenômeno, a autora espanhola María Del Pilar Amenábar²⁰⁸ assevera que “la realización de obras para el correcto cumplimiento de las funciones estatales atinentes al ‘poder de policía’ no obsta a la responsabilidad del Estado cuando se priva a un tercero de su propiedad o se la lesiona en sus atributos esenciales”. Em prosseguimento, a referida autora afirma que:

en cambio no corresponde reconocer derecho a resarcimiento cuando se trata de meras restricciones administrativas en las que la propiedad no sufre una reducción en su carácter absoluto, en tanto sólo consisten en la fijación de límites al ejercicio normal u ordinario del derecho de propiedad.

O tema também não passou despercebido por Jorge Ignacio Muratorio²⁰⁹, para quem: “los supuestos en los que el Estado, en ejercicio de su actividad extracontractual lícita, esto es sin culpa, falta, actuación irregular, ni dolo, y en procura de un beneficio para la comunidad, origina un daño particularizado, generándose así su responsabilidad objetiva para su compensación, indemnización o restitución”.

No mesmo sentido, Leon Duguit²¹⁰ leciona que:

a atividade do Estado se exerce no interesse de toda a coletividade; as cargas que dela resultam não devem pesar mais fortemente sobre uns e

²⁰⁷ Esse parece ser o entendimento de Renato Alessi: “Tal compensación no constituye un *ressarcimiento* del daño, ya que el concepto jurídico de *ressarcimiento* presupone el de *responsabilidad* por los daños que han de resarcirse, lo que a su vez presupone la *violación* de un derecho subjetivo. En el caso que nos ocupa no se trata de violación de derechos, puesto que son daños que derivan de actividades plenamente legítimas. La Administración pública cuando se apropia, con las formalidades debidas, del inmueble de un particular, cuando ordena la destrucción de las vides atacadas de filoxera, no viola otros tantos derechos de los particulares, puesto que su actividad es plenamente legítima, sino que los *sacrifica* a justando se a lo previsto expresamente por la norma legal”. (ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. Trad. Buenaventura Pellisé Prats. Barcelona: Bosch, 1970. p. 489)

²⁰⁸ PILAR AMENÁBAR, María del. *Responsabilidad extracontractual de la Administración Pública*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008. p. 276.

²⁰⁹ MURATORIO, Jorge Ignacio. Factores de atribución en la responsabilidad del Estado por actividad lícita. In: obra colectiva *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001. p. 77.

²¹⁰ DUGUIT, Leon. *Las transformaciones del derecho público*. 2. ed. Madrid: Comares, 2008. p. 306.

menos sobre os outros. Se, da intervenção do Estado, assim da atividade estatal, resulta prejuízo para alguns, a coletividade deve repará-lo, exista ou não culpa por parte dos agentes públicos.

Contudo, o referido tema ainda é pouco abordado pela doutrina pátria. Por essa razão, neste item, serão apresentados, com maior vagar, os seus pressupostos jurídicos, dando-se ênfase para a sua aplicação no âmbito da intervenção do Estado no Domínio Econômico, gênero do qual a regulação é espécie.

No Brasil, o tema da Responsabilidade Civil do Estado por atos lícitos passou por uma progressiva revolução. O precursor do tema no país fora Amaro Cavalcanti²¹¹, em obra de natureza tratadística, originalmente publicada em 1905. Ao comentar a responsabilidade civil do Estado pela edição de atos legislativos, o referido autor afirma que “estes não podem dar lugar a nenhuma ação nem contra o Estado nem contra as pessoas dos legisladores que hajam tomado parte na sua adoção”. Em prosseguimento, afirma que “quando o Estado desempenha sua função de fazer leis, não pode incorrer em culpa civil, porque a culpa pressupõe a violação de uma obrigação”.

Temístocles Brandão Cavalcanti²¹², na década de 40, por sua vez, defende que o Estado poderá ser responsabilizado pela edição de normativos que resultarem em intervenção no domínio econômico, uma vez que:

a tese da não responsabilidade só teria o merecido apoio doutrinário, de acordo com os bons princípios, se o monopólio tivesse constituído para atender ao interesse público, para pôr termo a indústria prejudicial, a fim de afastar a fabricação de produtos nocivos ao consumo público e não tivesse tido um sentido meramente econômico.

Na década de 1980, Weida Zancaner²¹³, em artigo específico sobre o tema, defendeu o entendimento segundo o qual a “soberania do Estado não pode ser

²¹¹ Nada obstante, nessa pesquisa, se teve acesso à obra publicada em 1956. CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade civil do Estado*. T. II. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956. pp. 445- 450-451.

²¹² CAVALCANTI, Temístocles Brandão. *Tratado de Direito Administrativo*. V. I. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940. pp. 430, 431 e 434.

²¹³ ZANCANER, Weida. Responsabilidade Extracontratual da Administração Pública. *Revista Trimestral do Tribunal de Contas de São Paulo*, São Paulo, v. 53, pp. 13-19, 1986. e ZANCANER, Weida. *Da responsabilidade extracontratual da Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. Na mesma direção, Paulo Roberto Ferreira Motta, afirma: “Nestes casos, o dano não pode ser ignorado, mesmo quando o servidor público tenha atuado com desempenho louvável, como, por exemplo, o do bombeiro militar que destrói propriedade alheia no exercício de sua função para salvamento de vidas humanas ou preservação de outras propriedades. Nesses casos, a igualdade da distribuição dos encargos públicos deve impor-se, com a utilização de recursos públicos, carregados pela tributação, no pagamento de indenização ao proprietário que teve sua propriedade atingida, desvalorizada ou destruída”. (MOTTA, Paulo

confundida com o autoritarismo imperial, razão pela qual reside na igualdade da distribuição dos encargos públicos a fundamentação moral e jurídica da indenização pela prática de atos lícitos estatais”. No mesmo período, Sérgio de Andréa Ferreira²¹⁴, ao comentar o dever de responsabilização do Estado pela instituição de Monopólios, se manifestou no sentido que de “a indenização, no caso, em favor do atingido pelos efeitos jurídicos do ato, é devida porque esse foi afetado por efeito marginal ou secundário do ato de monopolização”.

Mais recentemente, destaca-se o trabalho de Daniel Wunder Hachem²¹⁵, para quem tais hipóteses se justificariam com base no “princípio” da supremacia do interesse público, desde que atendidos os seguintes requisitos: “a) previsão normativa específica, instituindo uma competência jurídica; b) dever de motivação; c) respeito às demais sujeições especiais do regime jurídico-administrativo; d) garantia de uma compensação jurídica, quando a aplicação do princípio resultar em dano anormal e especial”²¹⁶. Tal entendimento vem encontrando eco na jurisprudência pátria²¹⁷.

Note-se que, embora a doutrina tenha oscilado no que diz respeito à responsabilização do Estado por normativos, quando se trata de hipótese de

Roberto Ferreira. A responsabilidade pela atividade lícita no direito brasileiro. *Revista Interesse Público* – IP, Belo Horizonte, n. 56, 2009. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=62094>>. Acesso em: 20/07/2015).

²¹⁴ FERREIRA, Sérgio de Andréa. *O Direito de propriedade e as limitações e as ingerências administrativas*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1980. p. 118.

²¹⁵ HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte, Fórum, 2011. p. 5153.

²¹⁶ Esse também parece ser o entendimento de Daniel Castanha de Freitas, em artigo específico sobre o tema: “[...] a correta aferição da existência de dano indenizável em favor de interesses privados afastados pelo Estado em decorrência do sopesamento de normas jurídicas consideradas cumpridoras de interesse geral, deve o Poder Público, além de justificar sua conduta nos moldes do princípio constitucional da supremacia do interesse público, aplicar ao caso concreto o instituto da responsabilidade civil do Estado decorrente de atos lícitos”. (FREITAS, Daniel Castanha de. A responsabilidade civil do Estado por atos lícitos como resposta à aplicação do princípio constitucional da supremacia do interesse público. *Fórum Administrativo* – FA, Belo Horizonte, ano 13, n. 144, p. 13-26, fev. 2013)

²¹⁷ Confirma-se o seguinte julgado na lavra do Tribunal Federal da 1ª Região: “Sendo lícita a conduta imputada ao extinto IBC e tendo ela se destinado a favorecer basicamente as pessoas que se dizem lesadas, não se justifica a aplicação da responsabilidade objetiva prevista no texto constitucional, pois, ‘no caso de comportamentos lícitos [...], o fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa das atividades desempenhadas no interesse de todos’”. (BRASIL. Tribunal Federal da 1ª Região. Agravo Regimental nº 0008940-57.1998.4.01.0000/DF. Terceira Seção. Data de julgamento: 29 set. 2004). Veja-se também: BRASIL. TJ/SP. Apelação Cível nº 000222295.2004.4.03.6105/SP. Terceira Turma. Relator: Des. Federal Cecília Marcondes. eDJF3, p. 1039, 20 maio 2011)

normatização referente à atuação no domínio econômico, já vinha se posicionando no sentido do cabimento de pleitos indenizatórios. Daí a necessidade de se investigar tais atos normativos, especificamente, sobre tal perspectiva.

Como é cediço, o Estado atua – e não intervém²¹⁸ – na economia sob as seguintes modalidades: (i) *por meio da atuação direta por descentralização administrativa*, levada a efeito por pessoas jurídicas de direito privado (empresas públicas e sociedades de economia mista), quando presentes os conceitos jurídicos interdeterminados de “relevante interesse coletivo” e “segurança nacional” (nos moldes do art. 173, *caput*, da CRFB); (ii) *por meio da atuação direta por absorção*, quando retira *atividades* (e não a propriedade²¹⁹) do âmbito da exploração privada, interditando a sua exploração por particulares, nas hipóteses de instituição de monopólios (art. 177 da CRFB); (iii) *por meio da atuação indireta por indução ou fomento*, quando, sem se utilizar de seu poder extroverso, institui políticas públicas, com o objetivo de buscar a adesão dos interessados ao atendimento de interesses públicos (art. 174 da CRFB)²²⁰; (iv) *por meio da atuação indireta*, quando o Estado confere títulos habilitantes (não delegatórios) para que os particulares explorem, sem exclusividade, serviços que veiculam interesses públicos (art. 175 e 170, parágrafo único, da CRFB²²¹); e (v) *por*

²¹⁸ Está-se de acordo com Fabio Nusdeo, para quem o termo “intervenção” pressupõe algo excepcional, não se coadunando a função normal do Estado de disciplinar o funcionamento do mercado: a figura mesma do Estado intervencionista se supera, pois a palavra intervenção traz em si o signo da transitoriedade, conota uma arremetida seguida de retirada, trai, em suma, uma situação excepcional, anormal. Não é essa, porém, a nova realidade. O Estado não mais intervém no sistema econômico. Integra-o. Torna-se um seu agente e um habitual partícipe de suas decisões. O intrometimento e posterior retirada poderão ocorrer neste ou naquele setor, nesta ou naquela atividade. Jamais no conjunto. Daí as diversas expressões para caracterizar o novo estado de coisas: economia social de mercado, economia dirigida; economia de comando parcial e tantas outras. (NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico*. São Paulo: RT, 1997. p. 216)

²¹⁹ Como ficou ressaltado no Voto condutor do então Ministro Eros Grau, da ADI, do Petróleo: “Ressaltou-se a diferença entre o monopólio e a propriedade, concluindo-se estar aquele ligado a uma atividade empresarial que não se presta a explicitar características desta. Assim, o art. 177 da C.F. enumera as atividades que constituem monopólio da União, e seu art. 20, os bens que são de sua exclusiva propriedade, razão pela qual seria possível a União atribuir a terceiros o resultado da propriedade das lavras das jazidas de petróleo, gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, sem ofensa à reserva do monopólio contemplado no citado art. 177”. (Voto do Min. Eros Roberto Grau. STF - ADI: 3273 DF, Relator: CARLOS BRITTO, Data de Julgamento: 16/03/2005, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 02-03-2007)

²²⁰ LAUBADÈRE, André de. *Direito público económico*. Coimbra: Almedina, 1985. p. 421

²²¹ Aqui, filio-me ao entendimento de Floriano de Azevedo Marques Neto, segundo o qual os serviços públicos não predicam, necessariamente, uma exclusividade, defendido, há 17 anos, em MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Reestruturação do Setor Postal Brasileiro*. *Revista Trimestral de Direito Público RTDP*, v. 19, p. 149-169, 1997. Mais recentemente, esse

meio da atuação indireta pela regulação, quando o Estado exerce funções normativas, executivas e judicantes, para equilibrar subsistemas econômicos (art. 174 da CRFB)²²².

As referidas intervenções, em decorrência da consagração constitucional do princípio da livre iniciativa, por excepcionarem a ordem espontânea do mercado, deverão ser interpretadas restritivamente²²³. Assim é que são proscritas interferências estatais injustificadas sobre o desempenho das atividades privadas²²⁴. Justificadas, considerar-se-ão as interferências estatais excepcionais, se amparadas em outros princípios concorrentes, igualmente tutelados pela Constituição²²⁵. O regime constitucional da economia de mercado parte de uma constatação extremamente simples: a de que os processos econômicos seguem uma ordem espontânea decorrente do livre jogo dos mercados; uma ordem que deve ser preservada, até mesmo por ser inafastável corolário da liberdade das pessoas. Por conta dessa peculiaridade, a responsabilização do Estado pelo lícito exercício da intervenção (digo, atuação) na economia – de que é exemplo o exercício da função regulatória – deverá considerar as vertentes de que: (i) essa intervenção deverá ser sempre excepcional²²⁶; (ii) não poderá

entendimento foi defendido em SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre Iniciativa nos Serviços Públicos*. Coimbra: Almedina, 1985. p. 421

²²² Outras classificações já foram apresentadas pela doutrina. V. GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2001. V. também: BARROSO, Luís Roberto. *A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços*. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *Temas de Direito Constitucional*. T. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

²²³ Nesse sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto: “O ordenamento econômico, como sua função congênere, o ordenamento social, são, ambos, funções estatais, que atuam excepcionando a ordem espontânea e os direitos fundamentais que a suportam, e, por isso, é necessário que sejam entendidas como ordens coercitivas de exceção, devendo sempre ser interpretada restritivamente”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 453.

²²⁴ O Supremo Tribunal Federal é taxativo ao limitar a atuação do Regulador pela livre iniciativa: “A intervenção estatal na economia, mediante regulamentação e regulação de setores econômicos, faz-se com respeito aos princípios e fundamentos da Ordem Econômica. CF, art. 170. O princípio da livre iniciativa é fundamento da República e da Ordem econômica: CF, art. 1º, IV; art. 170. II. - Fixação de preços em valores abaixo da realidade e em desconformidade com a legislação aplicável ao setor: empecilho ao livre exercício da atividade econômica, com desrespeito ao princípio da livre iniciativa. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 422941/DF. Segunda Turma. Relator: Min. Carlos Velloso. Julg. 06 dez. 2005)

²²⁵ BARROSO, Luís Roberto. *A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços*. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *Temas de Direito Constitucional*. T. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 53.

²²⁶ Essa diretriz é consagrada por diversos Marcos Regulatórios, a exemplo do disposto no art. 128 da Lei nº 9.472/1997 (Lei Geral de Telecomunicações): “Art. 128. Ao impor condicionamentos administrativos ao direito de exploração das diversas modalidades de serviço

resultar na expropriação de atividades econômicas, sob pena de violação ao princípio da liberdade de iniciativa. Mais que isso, essa intervenção excessiva pode gerar o dever de reparação dos danos causados aos particulares.

Fernando Facury Scaff²²⁷, em trabalho específico sobre o tema, aduz que o Estado deverá ser responsabilizado pela intervenção no domínio econômico, quando: (i) violar o *Princípio da Igualdade*, por injustificada escolha da opção econômica a ser objeto da ação interventiva estatal; (ii) violar o *Princípio da Lucratividade* em face de uma errônea política econômica de direção adotada; (iii) violar o *Princípio do Direito Adquirido* em face da posterior modificação de normas de indução; e (iv) violar o *Princípio da Boa-fé*, por descumprimento de compromissos governamentais²²⁸. No que diz respeito ao fenômeno ora investigado (o das expropriações normativas), nos parece que o poder público deverá ser responsabilizado com base nos dois primeiros fundamentos apontados pelo referido autor, a saber: (i) a violação ao *princípio da isonomia*; e (ii) a violação do “*princípio da lucratividade*”. Tais vetores correspondem aos “danos anormais” provocados aos particulares pelo exercício da regulação, um dos elementos da Responsabilidade Civil.

no regime privado, sejam eles limites, encargos ou sujeições, a Agência observará a exigência de mínima intervenção na vida privada, assegurando a preferência do particular no desempenho da atividade econômica. Em sentido contrário, o relevante posicionamento de José dos Santos de Mendonça, no sentido de que: o princípio constitucional da subsidiariedade da intervenção econômica a) não é princípio constitucional, mas diretriz político-administrativa de organização do Estado. É uma orientação política, que, boa ou má, deve ser aceita ou criticada em tal condição. A subsidiariedade econômica jamais poderia gozar de superconstitucionalidade dos princípios constitucionais porque isso significaria a constitucionalização de um modelo econômico, de modo alienante a quem quer que ele discorde. Ela pode ser excelente diretriz política ordinária, e não no campo das supergarantias constitucionais. Além disso, b) a subsidiariedade econômica não tem vinculação necessária com dignidade humana, justiça, autonomia privada ou pluralismo político: em alguns casos, trata-se do contrário. Por fim, c) o princípio constitucional da subsidiariedade não é, e jamais poderia ser, ideologicamente neutro ou flexível, na medida em que se trata de uma proposição ideológica pertencente à faixa irreconciliável de uma doutrina abrangente específica: ela é proposição política do liberalismo econômico. Ou seja: a subsidiariedade é argumento político, não jurídico; ela habita o campo da política ordinária, não o terreno das garantias constitucionais fundamentais; quem afirma o contrário está produzindo razões doutrinárias não públicas. Em outras palavras, o princípio constitucional da subsidiariedade econômica não ultrapassa o teste da razão pública”. MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito Constitucional Econômico: a intervenção do estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 266.

²²⁷ SCAFF, Fernando Facury. *A responsabilidade civil do Estado intervencionista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 169.

²²⁸ Sobre o tema, V. COUTO, Almiro do. Responsabilidade do estado e problemas jurídicos resultantes do planejamento. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de Porto Alegre*, Porto Alegre, n. 57, p.123-132, 2003.

A violação ao princípio da isonomia se deve à circunstância de que a regulação normativa que expropria o direito de propriedade dos regulados, sem a observância de um devido processo legal, os coloca em situação desigual ao restante da sociedade. De fato, por meio dessas restrições, genéricas e abstratas, se impõe um gravame anormal a um particular em benefício da ordenação de atividades em prol do atendimento de interesses transindividuais (v.g proteção à saúde, ao meio ambiente e à concorrência), o que institui em *discrímen* não autorizado pela ordem jurídica. Esse parece ser o entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro²²⁹ quando, ao comentar a responsabilidade pela omissão dos atos regulatórios, assevera que “ao contrário do direito privado, em que a responsabilidade exige sempre um ato ilícito, no âmbito da responsabilidade do Estado, pode ela decorrer de atos ou comportamentos que, embora lícitos, causem a determinadas pessoas um ônus maior do que o imposto aos demais membros da coletividade”. Em prosseguimento, a referida autora conclui que “quando uma pessoa sofre um ônus maior do que o suportado pelos demais, rompe-se o equilíbrio que necessariamente deve haver entre encargos sociais; para restabelecer esse equilíbrio, o Estado deve indenizar o prejudicado, utilizando recursos do Erário”.

A violação ao “princípio da lucratividade” terá lugar nas hipóteses em que a regulação normativa com efeitos expropriatórios resultar numa situação em que a receita marginal exceder o custo marginal de uma firma. Explica-se. Todos os agentes econômicos visam a maximizar seus lucros. Para tanto, contabilizam os custos fixos de entrada em determinado mercado e os custos incrementais, para saber se, ao produzir uma nova unidade de seus produtos, auferiram lucros. Nesse sentido, como ensinam Joseph E. Stiglitz e Carl E. Walsh²³⁰, em um cenário de concorrência perfeita, “enquanto a receita marginal exceder o custo marginal, a firma terá um lucro adicional ao produzir mais. Se a receita marginal for menor que o custo marginal, produzir uma unidade a mais vai reduzir o lucro, e a firma então reduzirá a produção”. Sendo assim, caso a restrição normativa faça com que os custos marginais de determinada firma superem a sua receita marginal, resultará no dever de indenizatório. Trata-se de matéria contábil,

²²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Omissões na atividade regulatória do estado e responsabilidade civil das agências reguladoras. In: FREITAS, Juarez (organizador). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 254.

²³⁰ STIGLITZ, Joseph E.; WALSH, Carl E. *Introdução à microeconomia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2003. p. 131-132.

que terá de ser demonstrada em processo administrativo específico, como será visto último capítulo da presente dissertação.

As referidas diretrizes não são estranhas à jurisprudência pátria. Dois precedentes sobre esta temática nos parecem dignos de nota, em razão da diferença dentre eles.

O primeiro é o Recurso Especial nº 628.806²³¹, interposto pela empresa área Varig em face da União, que foi distribuído à relatoria do Ex. Ministro Francisco Falcão. Na origem, a demanda versava sobre uma ação de indenização ajuizada pela Varig em face da União, em virtude da implantação da política econômica levada a efeito pelo Decreto-lei nº 2.283/1986 (Plano Cruzado). A autora alegava que o congelamento das tarifas – decorrente da intervenção do Estado na Economia – resultou no desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão celebrado com então Departamento de Aviação Civil – DAC. De acordo com o pedido autoral, a União teria imposto uma política de insuficiência tarifária, em violação à cláusula XIII do referido contrato de concessão. Ao apreciar este recurso, aquela corte superior reconheceu o direito da Varig de ser indenizada, pela União, no valor de R\$ 2,3 bilhões, pelos prejuízos causados em decorrência da adoção da política econômica que congelou as tarifas na década de 1980.

Essa decisão foi confirmada, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 571969²³², pelo Supremo Tribunal Federal – STF, em março de 2014, oportunidade em que a Ministra Carmen Lúcia, relatora do feito, asseverou que: “não seria, assim, juridicamente razoável impor-se a um grupo de pessoas – funcionários, aposentados, pensionistas e à própria empresa concessionária – ônus superiormente suportados pelas políticas adotadas em relação aos serviços concedidos, deixando-se os danos na conta da possibilidade ou necessidade estatal de adoção de políticas públicas, sem a necessária resposta responsável pelas lesões específicas e comprovadas daí advindas”.

O outro precedente digno de nota é o conhecido Recurso Extraordinário nº 422.941/STF, distribuído à relatoria do Ministro Carlos Velloso. Tratou-se de ação indenizatória ajuizada pela Destilaria Alto Alegre S/A em face da União, em razão da

²³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 628806. Primeira Turma. Relator: Ministro Francisco Falcão. DJ, de 21 fev. 2005)

²³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 628806. Primeira Turma. Relator: Ministro Francisco Falcão. DJ, 21 fev. 2005.

fixação dos preços da referida indústria abaixo dos valores reais. De acordo com a Autora, o Instituto do Açúcar e do Alcool (IAA), autarquia que fazia a regulação dos insumos do setor sucroalcooleiro, não teria repassado para o setor os índices inflacionários setoriais – então apurados pela FGV –, causando prejuízos anormais a todos os produtores de açúcar e de álcool. Ao apreciar a demanda, o STF concluiu que se tratou da “fixação de preços em valores abaixo da realidade e em desconformidade com a legislação aplicável”, sendo, por isso, “um empecilho ao livre exercício da atividade econômica, com desrespeito ao princípio da liberdade de iniciativa”²³³.

Como se pode perceber, no primeiro julgado (“caso Varig”), não houve qualquer ato ilícito estatal. Tratou-se de uma lícita política de governo que resultou em um *sacrifício de direitos* para um operador econômico (materializado da redução desproporcional de suas receitas), sem instauração de um devido processo legal expropriatório. Veja-se que, nessa situação concreta, se adotássemos o entendimento de Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramon Fernandez e de Patrícia Ferreira Baptista, apontado no item 3.3 deste capítulo, segundo o qual, nas relações de sujeição especial, não se aplicaria o instituto do “sacrifício de direitos”, teríamos uma hipótese de um particular que suportaria uma expropriação anormal de seu patrimônio em decorrência de uma medida de intervenção do Estado na economia, já que o contrato de concessão não fora reequilibrado para dar conta desse prejuízo. Conclusão que, a nosso ver, não se compatibiliza com princípio da isonomia.

No segundo julgado (o “caso Instituto do Alcool”), a situação foi um tanto diversa. O IAA, então entidade reguladora, praticou um ato em contrariedade com a legislação aplicável, desconsiderando os índices inflacionários aferidos por uma instituição especialmente contratada para esse fim. A referida conduta resultou em vício de legalidade que maculou a validade de seu ato, o que atrai o regime de Responsabilização do Estado por atos ilícitos, previsto no art. 37, § 6º, da CRFB. Não é disso que se está aqui a tratar. Esse tipo de ato violou a ordem jurídica, característica que o diferencia do *regime de sacrifício de direitos*, o qual, como aqui se defende, deve ser regido pela Responsabilização do Estado por atos lícitos²³⁴.

²³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 422941/DF. Segunda Turma. Relator: Min. Carlos Velloso. Julg. 06 dez. 2005.

²³⁴ Flavio de Araújo Willeman parece ter um entendimento diverso, quando comenta ao concluir o item em que fez referência a esse julgado: “Assim, se a Agência Reguladora, com o pretexto de tutelar o interesse público, editar ato impondo o congelamento de preços de determinado setor regulado, sem qualquer parâmetro de razoabilidade, isto é, se não houver adequação entre

É, portanto, o regime da Responsabilidade extracontratual do Estado pela Intervenção no Domínio econômico que deve disciplinar os efeitos das expropriações normativas. Isto porque se tratam de atos administrativos normativos que resultam em *sacrifício de direitos*²³⁵, para os quais o ordenamento jurídico não prevê uma compensação jurídica *ex ante*²³⁶. Um leitor mais cético pode estar se perguntando: Qual seria a repercussão prática disso, se, ao fim e ao cabo, o Estado será responsabilizado? Toda. Primeiro, posto que, por se tratar de *um ato lícito*²³⁷, pode-se adotar um iter procedimental que evite a expropriação do direito dos particulares, como será demonstrado no quinto capítulo desta dissertação; segundo, porque o regime indenizatório também se modificará em razão da natureza da Responsabilidade Estatal;

o meio empregado (controle de preço) e o fim público almejado; ou se existir meio menos gravoso para solucionar o problema surgido, o qual se visa solucionar via drástica regulação por controle de preços e este for adotado, ou ainda, se a medida impuser um ônus maior ao segmento regulado do que a situação existente, patente restará o dever desde que comprovados, pelo suporte lesado, o dano e o nexo de causalidade. (WILLEMAN, Flavio de Araújo de. *Responsabilidade Civil das Agências Reguladoras*. 2. ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2011. p. 140)

²³⁵ Para Alexandre Santo de Aragão, tais atos terão lugar quando o Regulador não observar o princípio da proporcionalidade: ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da proporcionalidade no direito econômico. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, n. 223, pp. 199-230, 2001. p. 203 e ss.

²³⁶ No mesmo sentido, Marcio Felipe Lacombe da Cunha, ao comentar a Responsabilidade pelo exercício da função de polícia, aduz que: “[...] o regular exercício do poder de polícia administrativa, enquanto atividade destinada a garantir o bem-estar social, mediante a imposição de limitações à atividade dos indivíduos e da própria comunidade, não gerar responsabilidade extracontratual para a Administração Pública. O exercício dessa atividade em conformidade com a lei e o Direito — com os princípios e regras constitucionais — caracteriza-se pela gratuidade ou ausência de dever indenizatório por parte do Estado. De fato, não tem o condão de atingir o núcleo essencial dos direitos fundamentais à propriedade e à liberdade dos cidadãos que, por sua vez, devem suportar tais limitações. Ademais, para que nasça o dever indenizatório do Estado não basta o mero prejuízo patrimonial, ou seja, o dano econômico. A responsabilidade estatal decorrerá sempre de uma violação a um bem jurídico protegido pelo sistema normativo-constitucional, isto é, de um dano jurídico”. (CUNHA, Marcio Felipe Lacombe da. Responsabilidade extracontratual do Estado e o exercício do poder de polícia administrativa. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 12, n. 141, p. 41-52, nov. 2012)

²³⁷ O Direito Civil traz algumas hipóteses de responsabilização por atos lícitos, a exemplo do disposto nos arts. 188, inciso II, 929 e 930: “Art. 188. Não constituem atos ilícitos: II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente. [...] Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram. Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado. Parágrafo único. A mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se causou o dano (art. 188, inciso I)”.

e terceiro, porque os pressupostos da responsabilização serão necessariamente distintos dos da responsabilidade por atos *ilícitos*.

Mas o tema não é tão simples. A responsabilização pela edição de atos normativos com consequências expropriatórias nos parece que terá distintos regimes jurídicos, a depender da adoção, ou não, de um devido procedimento administrativo. Explica-se. Numa primeira hipótese, poderá ter lugar em razão da inobservância do devido processo expropriatório Constitucional. Neste caso, ter-se-á a expedição de um ato normativo que produz consequências não amparadas pelo disposto o art. 5º, inciso LV c/c inciso XXIV (devido processo expropriatório), o que atrai o regime de responsabilização *por ato lícito*, na forma do art. 37, § 6º, da CRFB, sob a vertente da responsabilidade *objetiva*.

O resultado será a produção de um normativo inconstitucional, vício congênito que deve ensejar responsabilização do Poder Público. O tema já vem sendo tratado, há algum tempo, pela doutrina pátria. É que, embora a função legislativa seja lícita e inerente a um Estado Democrático de Direito, ela não pode violar direitos garantidos pela própria Constituição. Nesse sentido, o Ministro Celso de Mello, ao apreciar a ADI nº 534-DF²³⁸, afirmou que “A elaboração teórica em torno da responsabilidade civil do Estado por atos inconstitucionais tem reconhecido o direito de o indivíduo, prejudicado pela ação normativa danosa do poder público, pleitear, em processo próprio, a devida indenização patrimonial”. Posteriormente, o referido ministro concluiu seu voto, afirmando: “que o Estado submete-se integralmente à ordem jurídica, inclusive no exercício da função legislativa, e que o desempenho inconstitucional da função de legislar gera o direito à reparação dos danos sofridos”²³⁹.

²³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI-MC: 534 DF. Tribunal Pleno. Relator: Celso De Mello. Data de Julgamento: 27 jun. 1991. DJ, 08 abr. 1994. PP-07239 Ement Vol-01739-02 PP-00210.

²³⁹ O STJ, contudo, vem entendendo que há necessidade de declaração expressa de inconstitucionalidade em sede de controle concentrado de constitucionalidade, para a responsabilização do Estado, como se extrai do voto do Ministro Otávio de Noronha, no RESP nº 571645/RS: “Com a evolução da Teoria da Responsabilidade, tem-se aceitado, hodiernamente, a responsabilidade civil por ato legislativo. É necessário, contudo, que haja prévia declaração de inconstitucionalidade da lei que causou o dano a ser ressarcido, sendo imprescindível, aliás, que a declaração seja feita pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Não basta a existência de decisões em recursos extraordinários ou o reconhecimento da contrariedade à Constituição por Cortes Regionais”. (BRASIL. STJ - REsp: 571645 RS 2003/0109498-0, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Julgamento: 21/09/2006, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 30.10.2006 p. 265).

Esse entendimento vai ao encontro do fenômeno que ora se investiga que não prescinde de um devido processo legal expropriatório.

Portanto, remarque-se: a função normativa da Administração é um ato lícito, mas as suas consequências, para determinados indivíduos, podem gerar o dever de indenizar, a exemplo das leis inconstitucionais. Nesse sentido, parece que esse mesmo regime jurídico deverá ser aplicado às expropriações normativas. Claro que esse normativo poderá ter a sua validade questionada, em sede de controle abstrato de inconstitucionalidade, perante o STF. Para esse efeito, poderá ser utilizada a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, que “é, via de regra, o meio idôneo para processar questões controvertidas derivadas de normas secundárias e de caráter tipicamente regulamentar.”²⁴⁰. Porém, não nos parece que a expropriação normativa predique de uma declaração prévia de inconstitucionalidade para legitimar a responsabilização do Estado. Por se tratar de uma atividade estatal lícita que causa um gravame anormal ao direito de propriedade, o afetado pela expropriação normativa terá, se comprovado o prejuízo, direito subjetivo à indenização, como determina a Constituição. Nesse sentido, o STF, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 113.587- SP²⁴¹, sob a relatoria do Ministro Carlos Velloso, teve oportunidade de examinar a responsabilização do estado pela prática de atos lícitos. Na ocasião, o referido ministro afirmou, com base nos ensinamentos de Amaro Cavalcanti, Pedro Lessa, Aguiar Dias, Orozimbo Nonato e Mazeaud, que “o princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais exige a reparação”. Em prosseguimento, concluiu que: “Se o funcionamento do serviço público, independentemente da verificação de sua qualidade, teve como consequência causar dano ao indivíduo, a forma democrática de distribuir por todos a respectiva consequência conduz à imposição à pessoa jurídica do dever de reparar o prejuízo”.

Por outro lado, se o Estado percorrer esse iter procedimental, não há propriamente que se falar em responsabilização. Nessa hipótese, o Poder Público deverá observar procedimento equiparável ao disciplinado pelo Decreto-lei nº 3.365/1941, restando ao particular questionar, em sede administrativa, o *quantum* de compensação será devida pela supressão do seu direito de propriedade, para o que poderá se valer dos

²⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 210-AgR. Plenário. Relator: Min. Teori Zavascki. Julgamento em 06 jun. 2013. DJE, 21 jun. 2013.

²⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 113.587-7. Segunda Turma. Relator: Min. Carlos Velloso. DJU, 03 mar. 1992.

referidos princípios da “isonomia” e da “lucratividade” acima referenciados. Trata-se de pagamento de *compensação* (e não indenização) em razão de um sacrifício desproporcional suportado pelo particular²⁴². Nesse ponto, estou de acordo com entendimento de Luis Manoel Fonseca Pires²⁴³, o qual, em artigo específico sobre o tema, afirma que “nos sacrifícios de direitos não há que se falar em lucros cessantes, porque estes se associam à ideia de indenizar o que razoavelmente se deixou de ganhar, o que pressupõe, para tamanho alcance, uma violação de direito”.

Por essas razões, entende-se que, caso a expropriação normativa seja procedimentalizada, caberá ao particular discutir com o Poder Público o valor da *compensação patrimonial* a ele devida, em razão da violação da equânime repartição de encargos sociais²⁴⁴. Neste particular, dever-se-ia impor ao poder público o pagamento de uma *compensação* pelo prejuízo que será suportado pelo particular (na forma do art. 5º, inciso XXIV, da CRFB), e não de uma *indenização* por um dano já provado (como previsto no art. 37, § 6º, da CRFB).

As situações acima narradas nos parecem distintas, pelo simples fato de que, *sem dano, não há que se falar em indenização*. Nesse sentido, é a clássica lição de Sérgio Cavalieri Filho²⁴⁵, segundo a qual “o dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano”.

²⁴² OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 692.

²⁴³ PIRES, Luis Manuel Fonseca. A propriedade privada em área de proteção ambiental. In: FONSECA, Luis Manuel; ZOCKUN, Maurício (Coords.). *Intervenções do Estado*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 41.

²⁴⁴ No mesmo sentido, Cristiana Corrêa Conde Faldini, em artigo específico sobre o tema: “[...] tratando-se de atos lícitos, que de forma indireta impõem sacrifícios de direitos (genericamente considerados) ou lesão de direitos a alguns particulares, que excedem o limite do razoável a que devem se submeter, e, não havendo tal ato – ou sua norma autorizadora – estabelecido indenização correspondente, nasce a pretensão indenizatória que, até por exclusão, deve ser processada pela modalidade objetiva. Isso porque exigir a submissão do assunto à responsabilidade subjetiva e perquirir de culpa que, dada a licitude do ato, inexistente, deixaria ao desamparo os administrados que tiveram seus direitos sacrificados”. (FALDINI, Cristiana Corrêa Conde. Responsabilidade do Estado pela prática de atos lícitos. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 67/68, p.67-130, jan./dez. 2008, p. 112).

²⁴⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade Civil*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 95.

Pelo exposto, é possível concluir esse item resumindo os regimes de responsabilização/compensação imposto ao Estado pela edição de normativos com efeitos expropriatórios.

Caso o Poder Público observe o devido processo legal expropriatório, quando da edição dessa espécie de ato normativo, restará ao particular postular o pagamento de uma *compensação*, a qual deverá ser prévia, justa em dinheiro, como determina a Constituição. O fundamento dessa compensação está: (i) no *princípio da isonomia*, previsto no art. 5º, inciso II e 37, *caput*, da CRFB, sob a vertente do dever da *repartição equânime de encargos sociais*; (ii) no *princípio da liberdade de iniciativa*, consagrado no art. 1º, inciso IV e 170, *caput*, da CRFB; (iii) no *direito de propriedade*, garantido pelo art. 5º, inciso XXII, da CRFB; e no (iv) no *direito à indenização nas hipóteses de desapropriação*, na forma do art. 5º, inciso XXIV, da CRFB.

Por outro lado, caso a regulação exproprie a propriedade privada, sem a observância do devido processo legal expropriatório, caberá ao particular postular, em juízo, o pagamento de *uma indenização* pela prática de um *ato lícito* (o exercício da função normativa pela Administração Pública, mas que violou a constituição), desde que comprovados, na forma do art. 37, § 6º, da CRFB: (i) a edição do ato normativo, sem a observância do devido processo expropriatório (que prescinde da demonstração de culpa); (ii) o dano suportado, que poderá abranger valores mais amplos – inclusive lucros cessantes –, por se tratar de violação à ordem jurídica pelo Estado; e (iii) o nexo de causalidade entre o ato normativo e o dano suportado pelo particular²⁴⁶.

3.7 Conclusões parciais

Os institutos por meio dos quais o Estado intervém na propriedade privada não dão conta das atuais matizes da função administrativa. Eles foram disciplinados por legislações infraconstitucionais anteriores à Constituição de 1988, editadas em períodos ditatoriais. Nesse quadrante, devem ser reinterpretados à luz da virada constitucional

²⁴⁶ Esse parece ser o entendimento de Celso Antonio Bandeira de Mello: “No caso de comportamentos lícitos, assim como na hipótese de danos ligados à situação criada pelo Poder Público – mesmo que não seja o Estado o próprio autor do ato danoso –, entendemos que o fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos. De conseguinte, seu fundamento é o princípio da igualdade, noção básica do Estado de Direito”. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011)

que obriga que o ordenamento infraconstitucional seja filtrado pelos princípios constitucionais, sob o influxo do que a doutrina denomina de *Neoconstitucionalismo*. Nessa perspectiva, não se pode conceber que o Estado, por meio de sua atividade normativa, suprima a propriedade privada, sem a observância do devido processo legal expropriatório exigido pela Constituição.

Dois institutos poderiam materializar tal hipótese: as limitações administrativas e a desapropriação indireta, já que os demais, ou pressupõem a ocupação física da propriedade (v.g. desapropriação, requisição administrativa, ocupação temporária), ou tem um objeto específico (v.g. tombamento), características que os apartam do exercício da função normativa com efeitos expropriatórios.

Contudo, assim não nos parece. Entender que as limitações administrativas poderiam ser expropriatórias seria baralhar os institutos dos *condicionamentos de direitos* e dos *sacrifícios de direitos*. Isto porque as limitações administrativas se constituem como atos, genéricos e abstratos, que não resultam na expropriação dos direitos de liberdade e de propriedade. Caso isso venha ocorrer, não se estará diante de uma limitação administrativa, mas de um *sacrifício de direito*, instituto que possui regime jurídico, material e procedimentalmente, diverso. Tampouco se poderia equiparar a as expropriações normativa à desapropriação indireta. A uma, por tal fato administrativo pressupor o apossamento administrativo da propriedade e a sua posterior afetação a uma utilidade pública, o que o diferencia da regulação normativa com efeitos expropriatórios, que não tem por consequência a transferência da propriedade. A duas, porque, no âmbito de um Estado de Direito, a desapropriação indireta se constitui como um inadmissível ato ilícito, ao passo que a regulação normativa decorre no exercício lícito de uma função estatal. Diante disso, é possível se concluir que a expropriação normativa não é regida por nenhum dos institutos por meio dos quais o Estado intervém na propriedade privada.

Trata-se de uma vicissitude que resulta na responsabilização do Estado pela atuação indireta do domínio econômico. Mais especificamente, em razão da prática de um ato lícito, que impõe um ônus, anormal e desproporcional, ao expropriado em relação ao restante da sociedade, sem a observância do devido processo legal expropriatório. Desse modo, caso o poder público percorra esse iter procedimental, esse procedimento será lícito, assim como o é o da desapropriação tradicional, disciplinada pelo Decreto-lei nº 3.365/1941, restando ao particular questionar, em sede administrativa ou judicial, o *quantum* de compensação. Por outro lado, se o Poder

Público levar a efeito esta expropriação normativa, sem a observância desse procedimento, estará configurado um normativo inconstitucional, aplicando-se, na íntegra, o regime de responsabilização por ato lícito, previsto no art. 37, § 6º, da CRFB.

CAPÍTULO IV – AS EXPROPRIAÇÕES NORMATIVAS E AS FALHAS DA REGULAÇÃO

O objetivo deste capítulo é investigar se as expropriações normativas se apresentam como uma falha da regulação, utilizando-se da categorização preconizada por Cass Sustein²⁴⁷, a qual aponta que essas vicissitudes podem ser provocadas: (i) pela captura por grupos de interesse; (ii) por erros de diagnóstico e análises superficiais; (iii) pela gestão de riscos versus direitos; (iv) por efeitos sistêmicos complexos e pela falta de antecipação das consequências; (v) por falhas de coordenação; (vi) pela modificação nas circunstâncias e obsolescência; (vii) pela indevida delegação de decisões políticas; (viii) pela proteção inadequada; (ix) pelo aumento de ineficiência e excesso de controle; (x) pela distribuição enviesada; (xi) por processos e resultados não democráticos.

Ressalte-se que o autor se refere à “regulação” em sentido amplo, realizada pelas entidades estatais norte-americanas (*agencies*). Nada obstante, considerando a realidade brasileira, entende-se que o conceito de “falha da regulação” pode ser utilizado, tanto no âmbito da função normativa estatal genérica, quanto na função normativa exercida pelas agências reguladoras, explicada nos itens 2.1 e 3.2 desta dissertação.

A ideia, aqui, é aferir se a expropriação normativa é uma vicissitude já apontada por essa doutrina, ou uma nova, ainda não ventilada. Nesse momento, propor-se-á um conceito para fenômeno, que possa ser operacionalizável.

4.1 As falhas da regulação: expropriar é regular?

Como visto, a regulação pode produzir efeitos deletérios, ou colaterais, quando expropria a propriedade de agentes privados. São efeitos que, por certo, não são ínsitos à regulação. Pelo contrário, subvertem uma das suas principais funções, que é a de equilibrar interesses sistêmicos. A regulação que tem consequências expropriatórias é a antítese da regulação, porque é despida de qualquer legitimidade – seja econômica, social, procedimental, ou comportamental. De fato, se a regulação de uma determinada atividade só se justifica para o atendimento de um resultado, se esse próprio resultado é indesejado, ou ilegal, não há que se falar no legítimo exercício da função reguladora. A

²⁴⁷ SUNSTEIN, Cass. *After Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State*. Massachusetts: Harvard University Press, 1993.

investigação acerca das justificativas da regulação já foi abundantemente realizada pela doutrina²⁴⁸. A ideia, aqui, é classificar o fenômeno que ora se investiga no âmbito da Teoria da Regulação. É que, se a regulação expropria a propriedade privada, ela não atua na correção de falhas de mercado, nem na alteração de comportamentos indesejados. Na verdade, ela cria uma nova distorção, posto que impõe um sacrifício de direito, anormal e desproporcional, a um determinado agente regulado.

A regulação é composta pelos seguintes pressupostos, necessariamente, interdependentes: (i) *por uma finalidade*, ou seja, um fim a ser alcançado – econômico, social, ou comportamental; (ii) pela escolha das variáveis que serão reguladas para o atingimento dessa finalidade (v.g preço, qualidade, informação, entrada, quantidade²⁴⁹); e (iii) pela edição de uma medida regulatória, que imponha, após a ponderação dos interesses setoriais, condutas aos agentes regulados. Nesse quadrante, ausente quaisquer desses três pressupostos, não há que se falar no legítimo exercício da regulação, ou, no limite, na própria existência da regulação. Trata-se do que Cass Sustein²⁵⁰ denomina de “paradoxos da regulação”. Os “paradoxos da regulação”, traduzidos em suas “falhas”, maculam a sua validade, seja porque trazem vícios intestinos à sua formação, seja porque produzem resultados indesejados. Nesse sentido, de acordo com George J. Stigler²⁵¹, adepto da Teoria Econômica da Regulação da Escola de Chicago, essa modalidade de intervenção na economia produziria mais prejuízos do que benefícios, em razão das suas vicissitudes endógenas (provocados por interesses privados – *private interest theories* –, ou da própria burocracia – *public interest theories*), ou exógenas (pelas suas deletérias consequências para o funcionamento do mercado²⁵²).

²⁴⁸ Veja-se, por exemplo, NOLL, Roger. Economic Perspectives on the Politics of Regulation. In: SCHMALENSEE, Richard. *Handbook of Industrial Organization*. V. 2. Disponível em: <<http://econpapers.repec.org/bookchap/eeeindhes/2.htm>>. Acesso em: 21 out. 2015. STIGLITZ, Joseph E. Reforming the Global Economic Architecture: Lessons from Recent Crises. *The Journal of Finance*, New York, v. 54, n. 4, Papers and Proceedings, Fifty-Ninth Annual Meeting, American Finance Association, January 4-6, 1999 (Aug., 1999), pp. 1508-1521. BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. O Estado na economia brasileira. *Ensaio de Opinião*. São Paulo, v. 4 n.2-2, pp. 16-23, 1977.

²⁴⁹ VISCUSI, W. Kip. *Economics of regulation and antitrust*. Massachusetts: Mit Press, 2005.

²⁵⁰ SUNSTEIN, Cass. *After Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State*. Massachussts: Harvard University Press, 1993. p. 87.

²⁵¹ STIGLER, George J. A Teoria da Regulação Econômica. In: MATTOS, Paulo *et al* (Coord.) *Regulação Econômica e Democracia*. São Paulo: Editora 34, 2004. pp. 23-48.

²⁵² Nesse sentido, Calixto Salomão dá conta de que: “Para os teóricos neoclássicos, esse valor se sobrepõe e elimina qualquer outro objetivo que possa ter o direito concorrencial, inclusive a própria existência da concorrência. Os teóricos neoclássicos de Chicago não hesitam em admitir

Esse não parece ser o melhor entendimento. A produção de “falhas” é inerente à própria função administrativa. Defender o contrário seria, no limite, interditar a realização de qualquer atividade da Administração Pública. Afinal, a atividade administrativa não é neutra. Ao contrário, como já dito e repetido neste trabalho, produz externalidade positivas ou negativas, pois pressupõe, em maior ou menor grau, uma interferência na vida dos administrados. Por isso, cabe ao ordenamento jurídico, justamente, “regular” os seus efeitos, e não interditar o seu exercício. O instituto da “Responsabilidade do Estado por atos lícitos”, abordado no capítulo anterior, é um exemplo disso. Daí a necessidade de se investigar quais as possíveis falhas que podem ser provocadas pela regulação, com o propósito de apresentar soluções para a sua correção.

Pois bem. Tradicionalmente, ultrapassada a crença de que o mercado seria infalível, hipótese em que a regulação nunca seria legítima²⁵³, a regulação se prestaria a corrigir as já citadas “falhas de mercado²⁵⁴” (externalidades negativas, assimetria de informações, bens públicos e a existência de mercados não competitivos²⁵⁵), ou a

a existência de monopólios ou de restrições à concorrência, caso esses sejam instrumentais relativamente ao objetivo definido: a maximização da eficiência”. (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial. As Estruturas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 23)

²⁵³ SMITH, Adam. *The wealth of nations*. London: The Electric Book, 1998.

²⁵⁴ Segundo a OCDE, o termo falhas de mercado é um termo geral que descreve situações em que os resultados do mercado não são Pareto eficientes. “Market failure is a general term describing situations in which market outcomes are not Pareto efficient. Market failures provide a rationale for government intervention. There are a number of sources of market failure. For the purposes of competition policy, the most relevant of these is the existence of market power, or the absence of perfect competition. However, there are other types of market failure which may justify regulation or public ownership. When individuals or firms impose costs or benefits on others for which the market assigns no price, then an externality exists. Negative externalities arise when an individual or firm does not bear the costs of the harm it imposes (pollution, for example). Positive externalities arise when an individual or firm provides benefits for which it is not compensated.” OCDE. Glossary of Statistical Terms. Disponível em: <<https://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=3254>>. Acesso em: 21 out. 2015.

²⁵⁵ Nesse sentido, VISCUSI, W. Kip.; HARRINGTON JR., Joseph E.; VERNON, John M. *Economics of regulation and antitrust*. 4th ed. Cambridge, Mass: MIT Press, 2005. pp. 30-38. Nada obstante, a ressalva de Carlos Ragazzo nos parece digna de nota: “Ao contrário do que se pensa, o modelo de livre concorrência não se preocupa necessariamente em manter um grande número de agentes no mercado, como se pode inferir da situação hipotética de concorrência perfeita - comumente considerada como o ideal de livre concorrência - em que há vários compradores e vendedores, todos eles tomadores de preço (incapazes de influenciar preço). Existem estruturas de mercado que são mais eficientes (ou seja, maximizam o bem-estar dos consumidores) com um número menor de agentes econômicos; em casos específicos, a melhor estrutura é o monopólio natural. (RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Notas Introdutórias Sobre o Princípio da Livre Concorrência. *Revista do CADE*, Brasília, n. 6, pp. 13-26, abr./jun. 2005. p. 3)

orientar comportamentos heurísticamente indesejados (*behavior economics*²⁵⁶). Nada obstante, no presente capítulo, abordar-se-á o “outro lado da moeda”: as denominadas “falhas da regulação”. Ou seja: as distorções geradas pela intervenção regulatória estatal sobre o mercado²⁵⁷. Trata-se das denominadas *government failure*²⁵⁸ ou *non-market failure*²⁵⁹ – nomenclatura análoga às *market failures* –, ou, como já denominado pela doutrina pária, em destacado estudo monográfico de Alice Bernardo Voronoff de Medeiros²⁶⁰, as denominadas “falhas de regulação”. São hipóteses em que a regulação produz efeitos indesejados, em razão de possuir vícios congênitos, ou porque a sua implementação produziu efeitos sistêmicos negativos.

Como já dito, se a regulação produz externalidades negativas, é porque não se está diante de uma típica função reguladora, mas de ato normativo que carece de uma sanatória, ou, no mínimo, que essas externalidades sejam compensadas. A expropriação normativa é um exemplo dessa espécie. Na medida em que ela acarreta a supressão da propriedade privada, sem a observância do devido processo legal expropriatório, ela se configura como uma “falha da regulação”, posto que: (i) contraria uma das funções da regulação, que é a de corrigir “falhas de mercado”; (ii) viola o devido processo legal expropriatório, previsto no art. 5º, inciso XXXIV, da CRFB; e (iii) institui um sacrifício de direitos, sem o pagamento de uma justa compensação.

Daí a necessidade de, ao final deste capítulo, ser respondida a seguinte indagação: a expropriação normativa pode ser enquadrada como uma das “falhas de regulação” já identificadas pela doutrina, ou deveria ser qualificada como uma nova espécie? A resposta a essa indagação têm dois objetivos: (i) o primeiro é o de apresentar um conceito para esse instituto, que seja operacionalizável; (ii) o segundo é o de

²⁵⁶ SUNSTEIN, Cass. *Nudge – Improving Decisions, about health, Wealth and Happiness*. New Haven: Yale University Press, 2008.

²⁵⁷ Nesse sentido: STIGLITZ, Joseph. Regulation and Failure. In: MOSS, David A.; CISTERNINO, John. *New Perspectives on Regulation*, 2009. Disponível em: <<http://www.tobinproject.org/books-papers/new-perspectives-regulation>>. Acesso em: 16 ago. 2015.

²⁵⁸ Nesse sentido: MCKEAN, Roland N. The Unseen Hand in Government. *American Economic Review*, Local, n.º 55, pp. 496-506, 1965.

²⁵⁹ Por sua vez, preferindo a terminologia *non-market failure*: WOLF JR., Charles. *Markets or governments: choosing between imperfect alternatives*. Santa Mônica: The Rand Corporation, 1986.

²⁶⁰ MEDEIROS, Alice Bernardo Voronoff de. *Racionalidade e otimização regulatórias: um estudo a partir da teoria das falhas de regulação*. 2015. Dissertação (Pós-graduação em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2015. No prelo.

apresentar propostas para sua procedimentalização e para a sua sanatória à luz do devido processo legal regulatório, o que será feito no quinto capítulo desta dissertação.

4.1.1 As espécies de falhas da regulação

As falhas da regulação referem-se “à imperfeição do governo no desempenho da atividade regulatória”.²⁶¹ Tais imperfeições são compostas por ações inadequadas e omissões não razoáveis, as quais podem ser provocadas por uma série de fatores, dentre os quais: (i) o negligenciamento de riscos existentes; (ii) análises de custo-benefício inadequadas; (iii) desvio de finalidades normativas, em razão de expectativas populares; e (iii) da má alocação de recursos públicos.²⁶² Nesse sentido, Cass Sunstein²⁶³ afirma que “o processo de regulação nem sempre tem produzido bons resultados. Muitas vezes, estatutos são mal concebidos, ora porque agravam o problema que se destinam a resolver, ora porque, durante a sua execução, apresentam consequências que não haviam sido previstas”. Por isso, ainda segundo o autor, o processo regulatório “pode ser menos benéfico do que deveria, produzindo falhas de governo tão ou mais onerosas do que a deficiência do mercado que demandou a regulamentação”.

Todavia, não há concordância doutrinária no que diz respeito à delimitação de quais são as possíveis falhas regulatórias. Segundo Charles Wolf Jr.²⁶⁴, existiriam quatro fontes ou tipos de falhas regulatórias, a saber: (i) internalidades e finalidades privadas; (ii) custos redundantes e crescentes; (iii) externalidades derivadas; e (iv) desigualdade

²⁶¹ ORBACH, Barak. What Is Government Failure. *Yale Journal on Regulation Online*, New Haven, n. 30, pp. 44-56, 2013. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2219709>>. Acesso em: 15 ago. 2015. p. 55.

²⁶² ORBACH, Barak. What Is Government Failure. *Yale Journal on Regulation Online*, New Haven, n. 30, pp. 44-56, 2013. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2219709>>. Acesso em: 15 ago. 2015. p. 56.

Em sentido semelhante, Cass Sunstein afirma que *é falha a norma regulatória que produz significativos efeitos colaterais, custos muito maiores do que os benefícios, ou que incorpora interesses de grupos privados não defensáveis em termos de fins públicos*. (SUNSTEIN, Cass. *After Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State*. Massachussts: Harvard University Press, 1993, p. 85).

²⁶³ SUNSTEIN, Cass. *After Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State*. Massachussts: Harvard University Press, 1993. p. 87.

²⁶⁴ WOLF JR., Charles. *Framework for Implementation Analysis*, 1978. Disponível em: <<http://www.rand.org/content/dam/rand/pubs/papers/2006/P6034.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

distributiva. De outro lado, Gaspar Ariño Ortiz²⁶⁵ enumera como falhas de regulação: (i) a presença de ambiguidade, calculada ou não; (ii) a instabilidade da regulação estabelecida em normas regulatórias de menor hierarquia, que são fáceis de mudar; (iii) a elevada discricionariedade do regulador com efeitos claramente perniciosos; e (iv) a modificação súbita dos arranjos regulatórios e dos próprios reguladores. Cass Sunstein²⁶⁶, por sua vez, leciona que existem duas espécies de falhas da regulação: as relacionadas *ao processo de elaboração da norma* e as relacionadas *à sua implementação*. As primeiras se manifestam: (i) pela captura por grupos de interesse; (ii) por erros de diagnóstico e análises superficiais; (iii) pela inadequada gestão de riscos *versus* a garantia de direitos; (iv) pelos efeitos sistêmicos complexos e pela falta de antecipação das consequências; (v) pelas falhas de coordenação; (vi) pela modificação nas circunstâncias e consequente obsolescência da regulação; e (vii) pela indevida delegação de decisões políticas.²⁶⁷ As segundas decorrem: (i) da proteção inadequada; (ii) do aumento de ineficiência e excesso de controle; (iii) pela distribuição enviesada de benefícios; (iv) pelo surgimento de processos e resultados não democráticos. Apesar da detalhada enumeração, o autor reconhece que o rol de falhas regulatórias apontado não é taxativo, posto que “para cada justificativa de intervenção regulatória, existe uma falha correspondente como resultado da má aplicação do estatuto regulatório²⁶⁸”.

Para os fins da presente dissertação, adotar-se-á a classificação estabelecida por Cass Sunstein, por duas razões. A primeira, porque ela se apresenta mais completa do que a dos outros autores. A segunda, porque ela se subdivide em *falhas do processo de elaboração da norma* e em *falhas de implementação da norma*, dicotomia que contribui para o entendimento deste instituto. Ressalte-se, contudo, que não serão tratadas, aqui, as *falhas de implementação* apontadas pelo referido autor, posto que não se relacionam, diretamente, com o fenômeno que ora se investiga (a expropriação normativa)²⁶⁹. É que

²⁶⁵ ORTIZ, Gaspar Ariño. Sucessos e Fracassos da Regulação. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 3, ago.-set.-out. 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 16 ago. 2015

²⁶⁶ SUNSTEIN, Cass. *After Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State*. Massachussts: Harvard University Press, 1993. pp. 96-101.

²⁶⁷ SUNSTEIN, Cass. *After Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State*. Massachussts: Harvard University Press, 1993. pp. 84-96.

²⁶⁸ SUNSTEIN, Cass. *After Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State*. Massachussts: Harvard University Press, 1993. p. 75.

²⁶⁹ Segundo o autor, as falhas de implementação se referem às falhas produzidas em uma etapa posterior ao processo de elaboração da própria norma, qual seja a etapa de aplicação e

a expropriação normativa se caracteriza como uma *falha na elaboração da norma* (o tema será doravante desenvolvido), posto que tem de ver com efeitos indesejados que não foram previstos, nem quantificados, *ex ante*, pela entidade reguladora. No que tange às *falhas na elaboração da norma* também cabe mais um *disclaimer*, para que se evite a apresentação do tema, de forma manualística. Não serão abordadas, em itens apartados, as falhas “(v) de coordenação; (vi) pela modificação nas circunstâncias e consequente obsolescência da regulação; e (vii) pela indevida delegação de decisões políticas”.

Eis as razões. As *falhas de coordenação*²⁷⁰ dizem respeito aos casos de inconsistências e incoerências causadas pela multiplicidade de normas regulatórias sobre um mesmo tema, seja porque editadas por agentes diversos, seja porque editadas pelo mesmo agente, sem qualquer controle acerca de sua expedição. Ela terá lugar, sobretudo, nas hipóteses em que diversas entidades possuem competência para disciplinar um assunto²⁷¹ (v.g legislar sobre meio ambiente, no Brasil). Trata-se de falha de regulação que viola a recomendação da Organização para a Cooperação do Desenvolvimento Econômico – OCDE²⁷² no sentido de que o sucesso da função regulatória “depende do conjunto de instituições que realizam atividade regulatória

efetivação social da regulação posta, razão pela qual entendemos que a análise das referidas falhas escapam ao objeto do presente trabalho que busca analisar os reflexos expropriatórios do processo regulatório realizado em desrespeito ao devido processo constitucionalmente estabelecido.

Aduza-se que as falhas de implementação são de quatro tipos: i) a *proteção inadequada*, que diz respeito à hipótese em que os objetivos traçados pela norma regulatória são insuficientemente implementados por parte do órgão incumbido de sua realização; ii) o *aumento de ineficiência e excesso de controle*, que diz respeito à hipótese em que uma norma – em tese elaborada para a proteção de interesses legítimos – produz ineficiências mais graves do que aquelas que pretendia corrigir em razão de falhas na sua efetivação; iii) a *distribuição enviesada*, que diz respeito à hipótese em que a norma é aplicada com desvios dos objetivos sociais traçados pelo legislador; e, por fim, iv) *os processos e resultados não democráticos*, se referem às hipóteses em que a regulação é implementada através de processos não democráticos e impermeáveis à vontade da população.

²⁷⁰ A coordenação regulatória, diversamente, é o ajuste de padrões domésticos a formatos ou molduras regulatórias estrangeiras, permitindo verificar preferências regulatórias diferentes. (DREZNER, D. W. *All Politics is Global: explaining international regulatory regimes*. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2007 *apud* RACHMAN, Nora Matilde. *Caminhos da Cooperação Regulatória no Mercado de Capitais*. 2013. Tese. (Doutorado em Relações Internacionais) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013).

²⁷¹ OECD. *Working Party on Regulatory Management and Reform: Proceedings of an Expert Meeting in London, United Kingdom*, 2005. p. 51.

²⁷² OCDE. *Measuring Regulatory Quality*, 2008. p 4.

serem capazes de manter a consistência da abordagem sistemática regulamentar ao longo do tempo”.

As falhas pela modificação nas circunstâncias e consequente obsolescência da regulação se configuram quando determinado estatuto: (i) se tornar incompatível com as novas normas sociais, amplamente, difundidas; (ii) tiver seu enquadramento jurídico alterado, por inovações judiciais e legislativas; ou (iii) perder os seus pressupostos de fato²⁷³. A obsolescência das normas regulatórias se caracteriza, porque as circunstâncias podem mudar, de sorte que disposições que regularam, de forma sensata, problemas sociais, tornam-se obsoletas²⁷⁴.

Os ordenamentos alienígenas são prechos de exemplos dessa falha da regulação²⁷⁵. No Brasil, cite-se como exemplo de obsolescência regulatória a RDC nº 153/2004, da Agência de Vigilância Sanitária – ANVISA, que regula os procedimentos de coleta, processamento, testagem e armazenamento, transporte e controle de qualidade de sangue para uso humano. De acordo com a referida norma, homens que tiveram relações sexuais com pessoas do mesmo sexo nos últimos 12 meses, ou suas parceiras, não podem doar sangue. Trata-se de norma obsoleta, porque já ficou comprovado que a sua motivação foi elaborada em um período em que era muito mais difícil e demorado realizar testes para detectar DSTs no sangue doado. Atualmente, no entanto, a ciência já permite a detecção célere de doenças sexualmente transmissíveis, mas a interdição continua.

²⁷³ SUNSTEIN, Cass R. *On the Costs and Benefits of Aggressive Judicial Review of Agency Action*, p. 535. Disponível em: <<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3076&context=dlj>>. Acesso em: 10 set. 2015.

²⁷⁴ SUNSTEIN, Cass. *After Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State*. Massachussts: Harvard University Press, 1993. p. 94.

²⁷⁵ O tema liga-se, ainda, à revisão do estoque regulatório. A revisão do estoque regulatório objetiva simplificar a regulação existente, por meio da redução dos fardos regulatórios e administrativos, de modo a ajudar que as instituições mantenham os seus regulamentos atualizados. Nesse sentido, México no Biênio 2011-2012 estabeleceu, com sucesso, um programa de melhora regulatória para uma estratégia de “*guilhotina regulatória*”, visando reduzir o excesso de cargas administrativas e seu impacto sobre a atividade econômica. O programa revelou que muitas das regulações existentes eram desnecessárias e reduziu a carga administrativa de uma forma efetiva liberando uma quantidade recursos equivalentes à \$ 141, 270. 44 milhões de pesos, equivalentes à 1.2% do produto interno bruto daquele país no ano de 2009. (COFEMER. *Beneficios del Programa de Mejora regulatória 2011-2012*. Disponível: <http://www.cofemer.gob.mx/varios/adjuntos/01.11.2012/BENEFICIOS_DEL_PROGRAMA_DE_MEJORA_REGULATORIA_2011-2012.pdf>. Acesso em: 28 set. 2015)

Outro exemplo de norma obsoleta é a Resolução nº 157/2004 do Conselho Nacional de Trânsito – CONTRAN. A norma, que foi alterada em novembro de 2009, exigia que todos os veículos automotores em circulação deveriam estar equipados com extintor de incêndio, com pó químico do tipo ABC, a partir de 1º de janeiro de 2015. Entretanto, antes mesmo de essa exigência entrar em vigor, o CONTRAN decidiu voltar atrás, tonando o extintor de incêndio um item opcional em carros e caminhonetes. Isso porque o uso do equipamento foi muito criticado, uma vez que os estudos e pesquisas realizadas pelo próprio departamento teriam constatado que as inovações tecnológicas introduzidas nos veículos, como o corte automático de combustível, em caso de colisão, a localização do tanque de combustível fora do habitáculo dos passageiros e a flamabilidade de materiais e revestimentos resultaram em maior segurança contra incêndios, sendo despicienda tal exigência.

Por sua vez, a falha da regulação causada pela indevida delegação de decisões políticas tem lugar na hipótese em que há a transferência de uma decisão que é nitidamente política às agências reguladoras, sob o falso pretexto de se estar exercendo um juízo técnico. Para demonstrar a hipótese, Cass Sunstein fornece o exemplo de um problema contemporâneo crítico: o emprego de dispositivos tecnológicos para a dispersão de poluentes na atmosfera para áreas limpas, de modo a evitar concentrações elevadas dos mesmos em determinadas localidades, o que pode ser particularmente prejudicial à saúde da população.²⁷⁶ Ocorre que, a dispersão aumenta o problema da “carga atmosférica”, provocando o fenômeno denominado de “Chuva Ácida”, um dos principais problemas atuais, que reduz o crescimento marinho, acidifica lagos e riachos, mata peixes, e tem uma variedade de efeitos indiretos e prejudiciais à saúde humana.

A solução que o Congresso norte-americano encontrou para tentar resolver esse problema foi permitir o emprego de planos de controle de poluição apenas quando fique comprovado pelos órgãos técnicos competentes que a dispersão não resultará em concentrações excessivas de qualquer poluente do ar nas imediações da fonte poluidora. O problema dessa posição do Congresso, segundo o autor, é que avaliação do que é uma “concentração excessiva” não é, naturalmente, uma escolha puramente técnica, existindo subjacente a ela uma inevitável *escolha política complexa* – negociação entre Estados, os custos dos instrumentos de controle empregados, os riscos da elevação da

²⁷⁶ SUNSTEIN, Cass. *After Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State*. Massachussts: Harvard University Press, 1993. pp. 96-97.

carga atmosférica e os perigos do aumento das concentrações locais. Por isso, o autor afirma que o Congresso deveria ter feito essa escolha, em vez de disfarçá-la em termos tecnocráticos. Trata-se de fenômeno que tem lugar em diversos setores regulados no Brasil²⁷⁷.

A falha da regulação por *inadequada gestão de riscos versus a garantia de direitos* tem lugar, porque o regulador tende a tomar decisões baseando-se, tão somente, na força retórica dos direitos envolvidos nos casos²⁷⁸. Nessas hipóteses, o regulador

²⁷⁷ Já tive a oportunidade de abordar essa temática no seguinte texto, publicado no Jornal O Globo. Confira-se: “Não é de hoje que o modelo regulatório brasileiro vem sendo desvirtuado. Já em 2003, o então presidente Lula considerou abusivo o reajuste das tarifas de telefonia fixa e recomendou ao Ministro das Comunicações que determinasse à Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) a sua redução. De lá para cá, o modelo de Estado Regulador, implementado no país por conta do processo de desestatização da década de 1990, vem sofrendo duros golpes em um de seus principais alicerces: a independência das agências reguladoras. Esse modelo, que tinha como pilar o equilíbrio entre os interesses do estado, do governo, dos concessionários e dos usuários de serviços públicos, vem sendo, gradativamente, deteriorado pelos interesses do jogo político de ocasião. As agências reguladoras não têm mais nada de independentes. Elas foram transformadas em braços dos respectivos ministérios aos quais se encontram vinculadas ou em entidades administrativas auxiliares de empresas estatais criadas pelo governo, com a justificativa de que atenderiam a um “relevante interesse coletivo”. (FREITAS, Rafael Vêras de. Um Brasil desregulado. Agências reguladoras viraram braços dos ministérios aos quais se encontram vinculadas. Jornal O Globo, 17 fev. 2014. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/opiniao/um-brasil-desregulado-11612038>> Acesso em: 10/07/2015).

²⁷⁸ O próprio Cass Sunstein exemplifica essa falha da regulação: “É convidativo opor-se que o Princípio da Precaução é desesperadamente vago. Quanta precaução é a quantidade certa de precaução? Por si só, o princípio não nos diz. Também é convidativo opor-se, como sugeri, que o princípio desconsidera custos. Algumas precauções simplesmente não valem a pena. Mas o problema mais grave está em outro lugar. O verdadeiro problema é que o princípio não oferece nenhuma orientação - não que seja errado, mas proíbe todos os cursos de ação, incluindo a regulamentação. Proíbe os próprios passos que ele requer. Os cientistas que argumentaram que o princípio proibiria aviões, antibióticos, refrigeração, e muito mais estavam completamente errados. Eles trataram o princípio com muito mais coerência que ele realmente tem.” (Tradução Livre). No original: “It is tempting to object that the Precautionary Principle is hopelessly vague. How much precaution is the right amount of precaution? By itself, the principle does not tell us. It is also tempting to object, as I have suggested, that the principle is cost-blind. Some precautions simply aren’t worthwhile. But the most serious problem lies elsewhere. The real problem is that the principle offers no guidance – not that it is wrong, but it forbids all courses of action, including regulation. It bans the very steps that it requires. The scientists who complained that the principle would forbid airplanes, antibiotics, refrigeration, and much more were quite wrong.” (SUNSTEIN, Cass. *Laws of fear: beyond the precautionary principle*. . New York: Cambridge University Press, 2005. p. 26). No mesmo sentido, MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Da Ecologia à Eco-Ideologia. Da Prevenção à Precaução. *Revista de Direito da Associação de Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. Direito ambiental estadual. V. XXI. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 7)

tomaria decisões considerando, exclusivamente, os direitos envolvidos, sem a realização de uma avaliação sob seus possíveis benefícios²⁷⁹.

Embora as referidas falhas da regulação sejam graves, elas não se relacionam, diretamente, com o tema que ora se investiga, pois que não resultam, necessariamente, na edição de expropriações normativas. Daí porque este capítulo se prestará a investigar as falhas regulatórias que, potencialmente, podem implicar na supressão do direito de propriedade dos agentes regulados, sem a observância de um devido processo legal expropriatório, quais sejam as provocadas pela: (i) captura por grupos de interesse; (ii) por erros de diagnóstico e análises superficiais; e (iii) pelos efeitos sistêmicos complexos e pela falta de antecipação das consequências.

4.2 A falha da regulação provocada pela captura por grupos de interesse

Cass Sustein aponta como uma das principais falhas relacionada ao processo de elaboração das normas regulatórias²⁸⁰ a “Teoria da Captura”, que tem em George J. Stigler²⁸¹ um de seus principais expoentes. Nas palavras de Andreia Cristina Bagatin²⁸², em estudo específico sobre o tema, “ser capturado antes significa não constatar e nem se dar conta da efetiva subordinação da agência a interesses alheios àquele interesse público primário que a ela é cometido.” E conclui “haveria captura do legislador quando o aparato regulatório fosse criado para atender a demanda por regulação da indústria e do regulador e quando a agência atendesse aos interesses da indústria com o tempo”.

De nossa parte, entende-se que a captura do regulador terá lugar quando este tiver a sua *neutralidade* (sob o prisma da equidistância dos interesses envolvidos) comprometida, em razão da influência, autointeressada, de organizações públicas (v.g por meio de modelagens institucionais) e privadas (v.g pela participação organizada em consultas e em audiências públicas) nas suas atividades quase-normativas, quase-

²⁷⁹ SUNSTEIN, Cass. *After Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State*. Massachussts: Harvard University Press, 1993. p. 90.

²⁸⁰ Como desenvolvido em Leonardo Coelho Ribeiro em: *O Direito Administrativo como caixa de ferramentas: a formulação e a avaliação da ação pública entre instrumentalismo, instituições e incentivos*. 2015. n° f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

²⁸¹ STIGLER, George J. The theory of economic regulation. In In: STIGLER, George J. (Org.). *The citizen and the State: essays on regulation*. Chicago; London: The University of Chicago Press, 1971. p. 114.

²⁸² BAGATIN, Andreia Cristina. *Captura das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 20.

executivas e quase-judicantes (impedindo a realização do equilíbrio de subsistemas). A captura subverte a regulação, porque desequilibra, em favor de uma parte, o exercício de uma função que deveria estabilizar setores, justamente por ser insulada de influências exógenas.

Essa influência pode ser realizada por empresas do setor privado, que tem por objetivo privilegiar seus próprios interesses econômicos, por exemplo, pela expedição de normas que as favoreça, ou que prejudique seus concorrentes²⁸³. Mas não só. Casos há em que a captura decorre de atos praticados pela própria burocracia estatal²⁸⁴. Trata-se de uma decorrência da *Public Choice Theory*²⁸⁵, segundo a qual os atores políticos só agem para maximizar seus próprios benefícios. De acordo com a referida Teoria, os indivíduos seriam “maximizadores de suas próprias utilidades”²⁸⁶. Isto é, na qualidade de homens econômicos²⁸⁷, seriam seres racionais e autointeressados, dotados de capacidades intelectuais que lhes permitiriam buscar as melhores soluções para os seus

²⁸³ Nesse sentido, Marçal Justen Filho assevera que: “A doutrina cunhou a expressão ‘captura’ para indicar a situação em que a agência se transforma em via de proteção e benefício para setores empresariais regulados. A captura configura quando a agência perde a condição de autoridade comprometida com a realização do interesse coletivo e passa a produzir atos destinados a legitimar a realização dos interesses egoísticos de um, alguns ou todos os segmentos empresariais regulados. A captura da agência se configura, então, como mais uma faceta do fenômeno de distorção de finalidades dos setores burocráticos estatais”. (JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 97)

²⁸⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.) *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 90.

²⁸⁵ BAGATIN, Andreia Cristina. *Captura das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 138.

²⁸⁶ STIGLER, George. The theory of economic regulation. *Beell Journal of Economics and Management Science*, v. 1, pp. 3-21, 1971.

²⁸⁷ O homem econômico como formulado pelos economistas neoclássicos é uma construção ideal, um conceito que descreve um agente “perfeitamente racional e onisciente que, ao tomar uma decisão, conhece todas as alternativas de forma que pode escolher com precisão e assim maximizar os resultados de sua decisão. Ele conhece todos os meios que, em cada situação de fato, o levam a atingir seus objetivos” (FONSECA, Eduardo G. Comportamento individual: Alternativas ao homem econômico. *Revista Novos Estudos*. São Paulo: CEBRAP, 1989. p. 160). “O homem econômico é um agente dotado de preferências completas e bem ordenadas, amplo acesso à informação e poderes de processamento de informações irrestritos. Estas condições permitem ao agente realizar todos os cálculos necessários para escolher a ação que satisfaz suas preferências melhor do que qualquer alternativa. O agente é racional, no sentido de que ele maximiza de modo consciente uma função objetiva.” (SIMON, Herbert. *El comportamiento administrativo: estudio de los procesos decisórios en la organización administrativa*. Buenos Aires: Aguilar, 1988. p. 84)

interesses particulares²⁸⁸. Nesse quadrante, a referida teoria passa a considerar os agentes estatais como agentes econômicos que, como tal, irão direcionar seu comportamento de modo a maximizar seus próprios benefícios. De acordo com essa teoria, o processo político é concebido como “um processo dinâmico em que cada agente político persegue o seu próprio interesse”²⁸⁹. Trata-se, pois, de empreender uma análise econômica e racional do comportamento de políticos e burocratas, agentes que devem ser analisados como detentores de um comportamento utilitário semelhante ao que teriam se atuassem na esfera econômica.

A incorporação dessa premissa comportamental – de que haveria uma atuação autointeressada –, como explicativa do processo político, leva ao entendimento no sentido de que seria improvável que a escolha dos agentes públicos se identificasse com a busca do bem comum²⁹⁰. Em suma, nesse quadrante, a política influenciaria a escolha das ferramentas que serão utilizadas para disciplinar condutas, esvaziando a imparcialidade inerente ao exercício das funções regulatórias. Dessa forma, a escolha dos instrumentos adotados e das finalidades estabelecidas pelo regulador não se daria de forma técnica e isenta, tampouco seriam direcionados a buscar os melhores resultados, mas se encontrariam comprometidos com a realização dos interesses políticos em jogo²⁹¹.

São exemplos de captura política, com ênfase à experiência brasileira: (i) a nomeação estritamente política de dirigentes de Agências Reguladoras²⁹²; (ii) o

²⁸⁸ Sobre o ponto, cf.: BUCHANAN, James M. Politics without romance: a sketch of positive public choice theory and its normative implications. In: BUCHANAN, James M.; TOLLINSON, Robert D. (Orgs.). *The theory of public choice*. V. II. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1984.

²⁸⁹ Nesse sentido: PRZEWORSKI, Adam. Reforma do Estado, responsabilidade política e intervenção econômica. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 11, n. 32, pp.18-38, out. 1996. p. 4.

²⁹⁰ Cf. BUCHANAN, James. *Toward a theory of the rent-seeking society*. Texas: University Press, 1985.

²⁹¹ Nesse sentido, a afirmação de Christopher C. Hood e Helen Z. Margetts de que: “É aplicando essas ferramentas que o governo faz a ligação entre desejo e realização. É preciso dizer que essa ligação é frequentemente problemática e altamente politizada. Selecionar a ferramenta correta para o trabalho se torna mais uma questão de fé e política do que certeza. De fato, não é incomum constatar que a escolha dos “instrumentos” atraia muito mais um debate político do que sobre os fins almejados.” (HOOD, Christopher C.; MARGETTS, Helen Z. *The Tools of Government in the Digital Age*. New York: Palgrave MacMillan, 2007. p. 13.)

²⁹² TÜRNER, Cláudia; PRADO, Mariana. A democracia e o seu impacto nas nomeações dos diretores das agências reguladoras e ministros do STF. *Revista de Direito Administrativo* –

contingenciamento orçamentário dessas entidades, como vem acontecendo com os recursos do Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações – FUST²⁹³; (iii) o *institucional by pass*, que tem lugar quando ocorre a transferência de competências dos órgãos técnicos para políticos, a exemplo do que ocorreu com a edição no Novo Marco Regulatório do Setor Portuário²⁹⁴; (iv) a nomeação de empregados públicos de empresas estatais para cargos políticos, com o objetivo de angariar vantagens indevidas²⁹⁵.

A captura do regulador pode propiciar a edição de regulações com efeitos expropriatórios. Essa expropriação poderá ter lugar, por exemplo, nas hipóteses em que determinado agente econômico influenciar o regulador para a edição de um ato que suprima o direito de propriedade de um concorrente, sem o pagamento de qualquer indenização. Por outro lado, também poderá ter lugar quando o Poder Político captura determinada agência, induzindo-a a editar normativos que expropiem direitos de propriedade de concessionários de serviços públicos, ou de usuários, sem a observância de um devido processo legal expropriatório.

Embora se tratem de hipóteses possíveis, não nos parece que a falha da regulação da captura resulte, necessariamente, numa expropriação do direito de propriedade dos regulados. Isto porque a expropriação poderá ter lugar nas mais variadas espécies de normativos, que tenham sido, ou não objeto de captura. Trata-se,

RDA, Rio de Janeiro, v. 250, pp. 27-54, jan./abr. 2009. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=98978>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

²⁹³ Nesse sentido, a afirmação de Egon Bockman Moreira Neto no sentido de que “a lógica das nomeações passou a fazer parte dos arranjos político-governamentais — o que, sem dúvida alguma, atenua, senão aniquila, a independência técnica e instala outras prioridades regulatórias (que tendem a se alinhar às linhas mestras do programa do governo central).” MOREIRA, Egon Bockmann. Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, out./dez. 2013. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=98978>>. Acesso em: 11 nov. 2015

²⁹⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras. *A Nova Regulação Portuária*. Rio de Janeiro: Fórum, 2014. p. 31.

²⁹⁵ Essa espécie de captura foi noticiada pelo Jornal O Globo: “O domínio de posições chave na Esplanada dos Ministérios por conglomerados estatais como Eletrobrás, Petrobras e Banco do Brasil, entre outros, motivou a abertura de uma investigação do Ministério Público Federal. Há suspeita de conflitos de interesses e de manipulação de informações privilegiadas. É caso simbólico da confusão que prevalece na gestão de órgãos, de pessoal e da folha de pagamentos do governo federal”. (CASADO, José. Cofres abertos: Remuneração em ministério vai até R\$ 152 mil. Lula criou 18,3 mil cargos de confiança em oito anos; Dilma instituiu 16,3 mil em quatro. Jornal O Globo, 19 out. 2015. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/cofres-abertos-remuneracao-em-ministerio-vai-ate-152-mil-17811868#ixzz3p8iDkU9F>>. Acesso em: 14/09/2015).

como visto, de consequência indesejada de uma atividade lícita estatal, o que nos parece afastar o fenômeno que ora se investiga da falha regulatória da captura, a qual macula a própria validade da regulação. Na qualidade de uma consequência indesejada da função regulatória, a expropriação normativa se relaciona com o processo de elaboração da norma, mais especificamente com a avaliação dos seus efeitos e impactos, *ex ante*. Daí porque, nos próximos itens, serão analisadas as falhas regulatórias que se relacionam com a avaliação dos efeitos da regulação.

4.3 A falha da regulação provocada por erros de diagnóstico e análises superficiais

Para os fins da presente dissertação, analisar-se-á a falha regulatória denominada por Cass Sunstein *erros de diagnóstico e análises superficiais*. De acordo com Sunstein²⁹⁶, exemplo de erros de diagnósticos seriam “os casos em que o Legislador ou regulador, instado a se manifestar por conta de eventos singulares – que dificilmente se repetirão – ou fortes anseios populares momentâneos, edita normas sem submetê-las a exames mais apurados que indiquem os possíveis efeitos negativos gerados pelas mesmas”. Isto porque, a seu ver, a maioria das pessoas, por meio de “uma lente grosseiramente distorcida, veem pequenos riscos como grandes riscos e grandes riscos como pequenos, e muitas vezes eles defendem soluções cujos riscos são ainda maiores do que aqueles dos problemas que se propõem resolver”.²⁹⁷

No Brasil, rotineiramente, anseios populares interferem em processos regulatórios. Influências estas que, não raro, alteram seus propósitos. Alexandre Santos de Aragão denomina essa influência de “*voluntarismo regulatório*”. Trata-se de medida regulatória levada a efeito não por fundamentos jurídico-econômicos, mas por paixões e pelo sentimento de impor a visão pessoal daqueles que se encontram em uma posição privilegiada para a tomada de decisões²⁹⁸.

²⁹⁶ SUNSTEIN, Cass. *After Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State*. Massachusetts: Harvard University Press, 1993. p. 86.

²⁹⁷ SUNSTEIN, Cass. *Risk and Reason Safety, Law and the Environment*. USA: Cambridge University Press, 2002.

²⁹⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Análise de Impacto Regulatório: Instrumento de Uma Regulação Mais Eficiente e Menos Invasiva*. Revista Justiça e Cidadania, nº 129, Rio de Janeiro 2012. Disponível em: <<http://www.editorajc.com.br/2012/07/analise-de-impacto-regulatorio-instrumento-de-uma-regulacao-mais-eficiente-e-menos-invasiva-2/>> Acesso em: 13/08/2015.

Vários exemplos ilustram esta falha regulatória. Os casos do desmoronamento de prédios no Centro do Rio de Janeiro²⁹⁹, no ano de 2012, e do incêndio na Boate Kiss³⁰⁰, no Rio Grande do Sul, no início de 2013, são emblemáticos neste sentido. O primeiro resultou na edição da NBR 16280:2014 da ABNT, que trata de reformas de edificações, estabelecendo sistema de gestão e requisitos de processos, projetos, execução e segurança de reformas de edificações, exigindo a participação de engenheiros e arquitetos no planejamento da intervenção em área privativa de imóveis. Por força do segundo, foram apresentados ao menos 3 Projetos de Lei da Câmara dos Deputados (e prováveis tantos outros em nível estadual e municipal) – 4923/2013, 4924/2013 e 4925/2013 –, prevendo normas de segurança e funcionamento para as casas noturnas de todo o país, responsabilidades de seus proprietários, padronização de sistemas de pagamento, dentre outros. Não se questiona se esses normativos são bons ou ruins. Mas fato é que foram motivados por comoções populares e por eventos que tinham ocorrido recentemente, e não por juízos técnicos e motivados do legislador.

O Direito Penal é prenhe de exemplos como esses. No início da década de noventa, promissora atriz da Rede Globo, filha de autora de novelas televisivas, foi assassinada por seu marido. Este fato impulsionou a edição da Lei nº 8.072/1990, que disciplina os crimes hediondos, normativo que foi resultado de uma iniciativa legislativa popular capitaneada pela mãe da referida atriz.³⁰¹

²⁹⁹ Exemplo extraído de RIBEIRO, Leonardo Coelho. *O Direito Administrativo como caixa de ferramentas: a formulação e a avaliação da ação pública entre instrumentalismo, instituições e incentivos*. 2015. p.74. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

³⁰⁰ José Vicente Santos de Mendonça trata da hipótese em artigo de opinião: “Após uma tragédia como a de Santa Maria, duas coisas são certas de ocorrer: consternação e super-regulação. Quanto à tristeza, não há nada a se dizer, mas tudo a se compartilhar. Este artigo se concentra na superregulação, sobre a qual há muito a discutir. [...] Em resposta a tragédias como a de Santa Maria, o Estado regula muito e regula mal. Se aos cidadãos é legítimo reagir emocionalmente, do Estado se espera menos emoção e mais racionalidade.” MENDONÇA, José Vicente Santos de. Risco, miopia regulatória e super-regulação: lições não intuitivas de Santa Maria. *Gazeta do Povo*, 05 fev. 2013. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/opinioao>>. Acesso em: 16 fev. 2015.

³⁰¹ Nesse sentido, o seguinte trecho do parecer da Comissão de Constituição e Justiça que analisou o projeto de Lei nº 306 de 1999, o qual tinha por objeto tornar homicídio qualificado o crime praticado por grupos de extermínio: “[...] o crime de homicídio qualificado passou a ser considerado hediondo por força de uma grande mobilização popular. Tal fato ocorreu depois da morte da atriz Daniella Perez, assassinada por Guilherme de Pádua e Paula Tomaz, quando a mãe da vítima, Gloria Perez, encabeçou um movimento em relação à inclusão do homicídio qualificado no rol dos crimes hediondos, previstos na Lei 8072/90.” Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/635410.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2015.

Mas não é só. De acordo com o autor estadunidense, haveria ainda uma segunda hipótese de erro de diagnóstico, que tem lugar quando o legislador dispõe acerca de matérias complexas, para as quais não possui a *expertise* necessária. O tema relaciona-se com a denominada “*Teoria das Capacidades Institucionais*”.

Nos últimos anos, a doutrina norte-americana, influenciada, principalmente, pelo artigo *Interpretation and Institutions*³⁰², de autoria de Cass Sunstein e de Adrian Vermeule, tem se dedicado a essa temática. Segundo os referidos autores, as competências dos agentes estatais são debatidas sempre em um plano demasiadamente abstrato, no qual são discutidas questões sobre a natureza da interpretação; democracia; legitimidade; autoridade; e o próprio constitucionalismo.³⁰³ Diante disso, propõem que a verificação da competência do *locus* adequado para a tomada de decisão seja iniciada por uma análise das situações estruturais internas de cada um dos agentes envolvidos³⁰⁴, de modo a se determinar as distintas capacidades e limitações dos mesmos na interpretação de certos textos.³⁰⁵ Na visão dos referidos autores, essa análise deveria ser

³⁰² SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*. *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper*, n. 156, 2002. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1279&context=law_and_economics>. Acesso em: 12 jul. 2014.

³⁰³ SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*. *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper*, n. 156, 2002. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1279&context=law_and_economics>. Acesso em: 12 jul. 2014.

³⁰⁴ Observe-se que a teoria dos referidos autores não é um clamor pelo abandono dos métodos tradicionais de interpretação, mas sim uma busca pela melhoria desses métodos através do acréscimo da análise das chamadas *questões institucionais*, isto é, da análise das capacidades das instituições encarregadas do processo decisório. Esse processo foi denominado de *virada institucional* (*institutional turn*). Nesse sentido: VERMEULE, Adrian. *Judging Under Uncertainty: An Institutional Theory of Legal Interpretation*. London: Harvard University Press, 2006. p. 63.

³⁰⁵ As críticas estão bem sintetizadas na seguinte passagem: “Temos visto que vozes influentes na doutrina constitucional argumentam em favor de estratégias interpretativas sem sintonia com a questão das capacidades institucionais. Aqueles que enfatizam argumentos filosóficos, ou a idéia de interpretações holísticas ou intratextuais, parecem, em nossa visão, terem dado muito pouca atenção às questões institucionais. Aqui, como em outros lugares, a nossa colocação [*submission*] mínima é a de que uma afirmação sobre a interpretação adequada é incompleta se não prestar atenção às considerações das capacidades administrativas [*administrability*], das capacidades judiciais e efeitos sistêmicos, além das colocações usuais sobre legitimidade e autoridade constitucional.” SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*. *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper*, n. 156, 2002. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1279&context=law_and_economics>. Acesso em: 12 jul. 2014.

feita antes mesmo de serem aplicados os métodos de interpretação³⁰⁶. Por conta disso, os agentes estatais deveriam estar mais atentos a questões empíricas, a exemplo: (i) da possibilidade de o agente levantar recursos e informações³⁰⁷; (ii) à sua especialização, confirmada por um conhecimento aprofundado em determinadas matérias; e (iii) à sua capacidade de avaliar os efeitos sistêmicos de sua decisão. Na síntese de Luís Roberto Barroso³⁰⁸, “a capacidade institucional envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria, devendo ser sopesada de maneira criteriosa”.

No Brasil, essa vicissitude é assaz recorrente³⁰⁹. Há notícias de que as dez agências reguladoras nacionais operam com um déficit de pelo menos três mil

³⁰⁶ Nesse sentido, Carlos Bolonha, José Eisenberg e Henrique Rangel anotam: “Em se tratando de capacidades institucionais, pode-se compreender que existe a necessidade de serem firmados parâmetros para definir o nível de interpretação que deve ser empregado sobre o caso concreto. Como exemplos de fatores indispensáveis para o aprofundamento da discussão decisional, pode-se apontar o fato de a instituição ser plenamente capaz de levantar recursos e informações que balizem sua decisão, bem como ela estar inserida em debates teóricos e empíricos sobre os fatos conexos àquela matéria. No que tange aos efeitos sistêmicos, preocupa-se com os resultados que podem recair sobre pessoas, instituições públicas e instituições privadas; o que exige do processo de deliberação um rigor maior na interpretação, discussão e decisão do caso concreto. Desta forma, a partir das críticas encontradas nas chamadas questões institucionais, o processo de deliberação pode ocorrer, legitimamente, de maneira aprofundada e minuciosa, na medida em que for implementada a capacidade da instituição de lidar com o problema e previstas as decorrências sistêmicas de seu desfecho, sobretudo em relação aos seus reflexos sobre outras instituições. Do contrário, não deve a instituição arriscar-se em interpretações que muito se afastem dos termos legais, deixando as inovações para as instituições dotadas da respectiva capacidade exigida e para situações que elidam efeitos em sua dinâmica, incorporando um comportamento próprio das virtudes do formalismo, corroborando o que Bickel já cunhava de *passive virtues*.” BOLONHA, Carlos; EISENBERG, José; RANGEL, Henrique. *Direitos Fundamentais e Justiça. Revista do Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Direito da PUC-RS*, Rio de Janeiro, ano 5, n. 17. pp. 288-309, out./dez. 2011. p. 298. Disponível em: <<http://www.dfj.inf.br/sumarios2.php>>. Acesso em: 05 jul. 2014.

³⁰⁷ O levantamento de recursos e informações também serve, portanto, de parâmetro informativo a uma postura mais ou menos deferente do Poder Judiciário ao controlar a Administração Pública. Segundo Adrian Vermeule, há um papel apropriado para os Tribunais no sentido de assegurar que as agências tenham adequadamente investido recursos na coleta de informações, que podem resolver a incerteza, seja transformando-a em risco, ou mesmo em certeza. Assim, quanto mais tempo e recursos o regulador tiver investido na busca de informações, mais justificada será a deferência do Judiciário às escolhas de primeira ordem tomadas pelas agências em um ambiente de incerteza. Cf.: VERMEULE, Adrian. *Rationally Arbitrary Decisions* (in Administrative Law). *Harvard Public Law Working Paper*, n. 13-24. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2239155>. Acesso em: 05 ago. 2014.

³⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>>. Acesso em: 05 jul. 2014.

³⁰⁹ RIBEIRO, Leonardo Coelho. *Presunções do ato administrativo, Capacidades Institucionais e Deferência Judicial A Priori: um Mesmo Rosto, Atrás de um Novo Véu? No prelo*.

profissionais. Em média, as agências estão, apenas, com 75% dos cargos preenchidos. No caso da Agência Nacional do Cinema – ANCINE, o quadro de pessoal é metade do que deveria e a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC tem apenas 60% dos seus quadros preenchidos. A Agência Nacional de Saúde (ANS), por sua vez, conta com apenas 100 servidores para fiscalizar, e 30 para atuar no julgamento de processos de planos de saúde no país inteiro – num universo de 60 milhões de usuários. Na Anatel, que regula um mercado de 271 milhões de acessos de telefonia móvel, são cerca de 400 fiscais³¹⁰.

Fato é que a influência do regulador por apelos populares tende a gerar processos regulatórios mais céleres e menos reflexivos, sem a adequada motivação técnica. Afinal, chega a ser intuitivo que a regulação de urgência é produzida sem a realização de uma análise empírica dos custos e benefícios que justificam a sua edição. Contudo, embora a falha regulatória analisada possa resultar na edição de regulações com efeitos expropriatórios, não nos parece que o fenômeno que ora se investiga seja uma decorrência necessária dela. Ele está relacionado à ausência de um processo racional de avaliação das consequências da regulação, independentemente se este foi motivado por apelos populares, ou se mostrou míope em razão da ausência de capacidade institucional do regulador.

4.4 A falha da regulação provocada pelos efeitos sistêmicos complexos e pela falta de antecipação das suas consequências

Por fim, apresentar-se-á a terceira falha regulatória referente ao processo de elaboração de normas, que tem de ver com o objeto desta dissertação, denominada por Cass Sunstein como “efeitos sistêmicos complexos e falta de antecipação de consequências”.

O conceito de efeitos sistêmicos também foi apontado por Cass Sunstein e Adrian Vermeule, no já referido artigo “*Interpretation and Institutions*”, como sendo os efeitos “imprevisíveis e indesejáveis decorrentes de uma decisão estatal³¹¹”. Transposta

³¹⁰ Para mais informações confira-se a reportagem: BRODBECK, Pedro. Esvaziadas, reguladoras não decolam. *Jornal Gazeta do Povo*, 16 mar. 2014, com base em Boletim estatístico produzido pelo Ministério do Planejamento, Agências e Sindicatos. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/economia/conteudo.phtml?id=1454512>>. Acesso em: 19 jul. 2014.

³¹¹ SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*. *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper*, n. 156, 2002. Disponível em:

aos domínios da regulação, esses efeitos terão lugar, porque o regulador, muitas vezes, não compreende as reais consequências dos modelos regulatórios por ele instituídos, de modo que suas normas produzem efeitos sistêmicos, imprevistos e negativos. Nessa perspectiva, considera-se que o mercado regulado é um sistema composto por partes, as quais estão interligadas, de forma que mudanças experimentadas em algumas produzirão implicações nas demais. Sendo assim, quando um elemento é alterado por determinada regulação, outros elementos do sistema também o serão, o que aponta a influência recíproca entre os seus componentes³¹².

Nessa perspectiva, essa falha da regulação se configuraria, quando os reguladores, ao editarem um normativo, desconsiderarem a possibilidade de que sua escolha produzirá efeitos colaterais tão indesejáveis quanto os próprios problemas que se pretendia solucionar.³¹³ Além disso, quanto mais ativo o governo se torna (e quanto mais complexos os problemas sociais se apresentam), mais manifestações de tais dilemas poderão se desenvolver.³¹⁴ Indicando exemplos de efeitos negativos decorrentes de normas regulatórias, Kélvia Frota de Albuquerque, comenta que “apesar de bem intencionada, a regulação pode ainda criar barreiras desnecessárias ao comércio, à concorrência e ao investimento, podendo ocasionar o encarecimento dos preços aos consumidores e inibir o desenvolvimento de pequenas e médias empresas³¹⁵”.

Em âmbito internacional, já se reconhece os deletérios efeitos de regulações editadas sem a avaliação, apriorística, dos seus efeitos sistêmicos. O *Better Regulation Task Force – BRTF* – órgão responsável pela fiscalização dos processos regulatórios no Reino Unido – já teve a oportunidade de concluir que o custo da regulação é superior a £\$100 Bilhões, correspondente a algo entre 10% e 12% do produto interno bruto

<http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1279&context=law_and_economics>. Acesso em: 12 jul. 2014.

³¹² JERVIS, Robert. *System Effects: Complexity in Political and Social Life*. Princeton: NJ Princeton University Press, 1997. p. 6.

³¹³ Há notícias de que na França a regulação de salários gerou um aumento na “precarização” e informalidade das relações de trabalho. *Efeito Colateral da Regulação é o Avanço da Informalidade*. Jornal O Estado de São Paulo, 31 mar. 2013. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br>>. Acesso em: 09 set. 2015.

³¹⁴ HOOD, Christopher C.; MARGETTS, Helen Z. *The Tools of Government in the Digital Age*. New York: Palgrave MacMillan, 2007. p. 135.

³¹⁵ ALBUQUERQUE, Kélvia Frota de. *A Retomada da Reforma/Melhora Regulatória no Brasil: Um Passo Fundamental para o Crescimento Econômico Sustentado*, 2006. p. 16. Disponível em: <http://www.seae.fazenda.gov.br/central-de-documentos/documentos-de-trabalho/documentos-de-trabalho-2006/DT_35.pdf>. Acesso em: 12/08/2015

daquele país³¹⁶. No México, a conclusão não foi diversa. Estudo acerca da qualidade regulatória daquele país dá conta de que os custos com a regulação, no ano de 2009, alcançavam 3,6% do PIB³¹⁷.

O efeito sistêmico da regulação está relacionado à temática da “qualidade regulatória”, a qual surgiu, na pauta mundial, no ano de 1995³¹⁸, com a recomendação da Organização para a Cooperação do Desenvolvimento Econômico – OCDE para que seus países membros instituísem programas de melhora da regulação governamental. Entretanto, a referida diretriz se consolidou, apenas, com o lançamento do *Programa de Reforma Regulatória*³¹⁹, editado, pela própria OCDE, em 1997. No referido documento, o termo “reforma regulatória” é utilizado para referir-se a alterações que melhoram a qualidade da regulação. Isto é, incrementam o desempenho, a relação custo-eficácia, ou a qualidade jurídica dos regulamentos e formalidades governamentais, além de reduzir a incidência de efeitos colaterais indesejáveis.

Para corrigir essa falha da regulação, tem ganhado destaque a adoção do instrumento da Análise de Impacto Regulatório – AIR. A Análise de Impacto Regulatório é um instrumento que visa a conferir maior racionalidade à regulação, avaliando os possíveis custos e benefícios de sua edição – tanto de regulamentações novas, como das já editadas. O referido instrumento vem sendo utilizado por diversos países do mundo, notadamente pelos países membros da OCDE. Entretanto, cada país tem modelado tal instituto de acordo com as suas especificidades.

No Brasil, ainda há muito a se fazer acerca da avaliação da qualidade da regulação. Essa diretriz só recentemente entrou para a agenda de debates públicos, estando ainda restrita a iniciativas esparsas governamentais³²⁰ e à introdução de projetos pilotos, no âmbito de algumas agências reguladoras. Diante de tal perspectiva, a utilização da AIR pode servir como uma importante ferramenta para a melhoria dos diagnósticos e da qualidade das análises realizadas pelas agências reguladoras, antes da edição de determinado normativo, como será demonstrado no quinto capítulo da

³¹⁶ BETTER REGULATION TASK FORCE. *From design to delivery*. Reino Unido, 2005.

³¹⁷ COFEMER. *Beneficios del Programa de Mejora regulatória*, 2011-2012, 2012.

³¹⁸ OCDE. *Recommendation of The Council of The OECD on Improving the Quality of Government Regulation*, Paris, 1995.

³¹⁹ OECD. *Report on Regulatory Reform synthesis*, Paris, 1997.

³²⁰ Dentre essas iniciativas cabe mencionar o PRO-REG Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação instituído pelo Decreto nº 6.062, de 16 março de 2007.

presente dissertação. Neste momento, a ideia da avaliação *ex ante* da qualidade da regulação é suficiente para que se possa afirmar que a procedimentalização adequada da regulação tende a evitar a edição de normas irracionais, ou seja, que não levem em conta os impactos sistêmicos por elas produzidos.

Nesse quadrante, um dos prováveis impactos sistêmicos da regulação é o da expropriação da propriedade privada. Isto porque, como se viu, as expropriações normativas decorrem de efeitos não pretendidos pela regulação. Dito em outros termos, a regulação tem uma finalidade originária (v.g a instituição de uma APP, a delimitação urbanística, a interdição da exploração de determinada substância) que produz o efeito reflexo de subtração da propriedade privada. Logo, se o efeito expropriatório é indesejado pela regulação, é porque ele não foi previsto *ex ante*, no bojo de seu processo de formação. Trata-se, pois, de *efeitos sistêmicos complexos e que não tiveram as suas consequências antecipadas* no processo de formação da regulação.

Diante do exposto, é possível concluir esse item no sentido de que há um consenso, nacional e internacional, de que é imprescindível reduzir os efeitos colaterais e indesejáveis da regulação. E os programas de melhora regulatória são um instrumento importante para esse desiderato, os quais vêm sendo instituídos, por meio do constante advento de métodos de racionalização da regulação, dentre os quais se destaca o da Análise do Impacto Regulatório – AIR. Nesse quadrante, a expropriação normativa seria mais um entre os efeitos sistêmicos e complexos não antecipados pelo regulador, razão pela qual carece de uma adequada procedimentalização, que evite a sua produção, ou que evite a sua posterior invalidação, tema que será doravante desenvolvido.

4.5 Conclusões parciais: o conceito de expropriações normativas

A regulação é uma atividade estatal lícita. É dizer, a depender das pautas previstas em cada ordenamento jurídico, a regulação terá uma justificativa, a qual poderá ser econômica, social, ambiental, ou comportamental. Essa “justificativa” se constitui na “finalidade da regulação”, a qual impõe que o regulador escolha a variável a ser regulada (v.g preço, qualidade, informação, quantidade), para, posteriormente, editar a regulação cabível.

Nada obstante, nem sempre esse procedimento se mantém incólume. Casos há em que a regulação não atinge as suas finalidades, seja porque possui um vício intestino, seja porque não produziu os resultados desejados, resultando nas denominadas “falhas da regulação”. Isso, contudo, não autoriza concluir-se que essa função estatal

seria despicienda. Assim não nos parece. As vicissitudes são inerentes à atividade administrativa, posto que o seu exercício, por consequência, produz impactos na vida dos administrados. Na verdade, cabe, justamente, à “regulação” equacionar os efeitos indesejados da atuação do Poder Público. Daí a utilidade de se investigar as falhas de regulação, de modo que a própria regulação se preste a corrigi-las.

É, pois, nesse quadrante que se encontra as expropriações normativas, tema objeto da presente dissertação. Analisadas as possíveis “falhas da regulação” e as consequências jurídicas do fenômeno ora investigado no capítulo anterior, nos parece possível, nesse passo, apresentar um conceito para essa vicissitude normativa.

A expropriação normativa é a falha do processo de elaboração da norma, provocada pela não realização de um procedimento avaliador de seus efeitos sistêmicos, que impõe um sacrifício de direitos a particulares, por meio do estabelecimento de gravames anormais e especiais, sem a observância do devido processo legal expropriatório (previsto no art. 5º, inciso XXXIV, da CRFB), resultando na Responsabilização do Estado por ato lícito, em razão da violação da equânime repartição de encargos sociais.

CAPÍTULO V – A COMPATIBILIZAÇÃO DAS EXPROPRIAÇÕES NORMATIVAS COM O ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO POR MEIO DE SUA PROCEDIMENTALIZAÇÃO

5.1 Novas perspectivas para o devido processo legal expropriatório

Conforme demarcado nos capítulos precedentes, a expropriação normativa se configura como um *sacrifício de direitos*, decorrente de *uma falha regulatória provocada pela ausência de uma avaliação dos seus impactos sistêmicos*. Para chegar a essa conclusão, nos valeremos da contribuição de Carlos Ari Sundfeld para o Direito Administrativo Brasileiro, segundo a qual não se deve baralhar o regime jurídico dos *condicionamentos de direitos e dos sacrifícios de direitos*. Diante dessa diferenciação, os sacrifícios de direitos predicam de um devido procedimento legal precedente à sua instituição. Trata-se de requisito que lhe confere conformidade com o ordenamento jurídico pátrio (v.g os procedimentos de desapropriação).

Dito em outros termos, embora não se configurem, *per se*, como atos ilícitos, a Constituição estabelece um procedimento legal para que a Administração Pública exproprie a propriedade privada. De fato, como asseveramos alhures, por se tratar de uma privação, pelo Estado, de um direito do particular, o art. 5º, incisos XXIV e LIV, da Constituição exigem a observância de um iter procedimental, no qual o expropriado possa influenciar (por meio do exercício do contraditório e da ampla defesa), sendo, ao cabo, *compensado* pela sua supressão patrimonial.

Nada obstante, qual seria a natureza desse devido processo legal? Tratar-se-ia de um processo administrativo, ou de um processo judicial? Carlos Ari Sundfeld, em sua inovadora obra publicada em 1993, responde a essa pergunta, aduzindo que este processo “deve ser entendido como o desenvolvido perante um juiz competente e cercado das garantias inerentes ao contraditório e à ampla defesa”. E prossegue, afirmando que “em se tratando de privação da liberdade ou da propriedade, não basta o respeito a tais cláusulas – é dizer, não basta a observância do inciso LV, em sede administrativa –, é necessário que o processo seja judicial”³²¹. O referido autor acresce a tal linha argumentativa o fato de que, se o parágrafo 3º, do art. 184 do texto de 1988,

³²¹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 105.

exige um processo judicial para desapropriação-sanção, não faria sentido que essa garantia não fosse estendida às desapropriações decorrentes de atos ilícitos.

O referido entendimento, malgrado fosse totalmente sustentável, nos idos da década de 90, nos parece merecer uma revisitação, passados mais de 22 anos.

A prática tem demonstrado que nem sempre o ajuizamento de um processo judicial expropriatório tem garantido a justeza da transferência da propriedade privada para o Poder Público, seja sob o aspecto procedimental, seja sob o aspecto indenizatório. Mas não só. O ajuizamento dessas ações não tem se mostrado a melhor opção, sob um viés econômico, nem mesmo para o Poder Público. Como dá conta Jessica Acocella³²², em estudo monográfico sobre o tema, “a judicialização da desapropriação envolve um alto custo de oportunidade para o Estado, que poderia ser mitigado com a resolução amigável, pagando-se ao proprietário, na maior medida possível, o valor que para ele é justo”. No mesmo sentido, Patrícia Ferreira Baptista³²³ que tem destacada atuação no ajuizamento dessas ações, afirma que “os custos do litígio judicial são especialmente relevantes no processo judicial expropriatório, além daqueles inerentes ao funcionamento da máquina judiciária, despesas processuais e honorários advocatícios devem ser acrescidas as parcelas comuns às sentenças condenatórias na matéria, tais os juros moratórios e compensatórios”. E conclui “estes acessórios da condenação frequentemente multiplicam o valor da indenização de forma bastante expressiva”.

Esse argumento, de índole pragmática³²⁴, já se mostraria suficiente para a revisitação deste entendimento. Afinal, atualmente, não é dado ao exegeta – seja o Poder Judiciário, o Administrador Público, ou o Legislador – desconsiderar as consequências factuais produzidas pelas normas³²⁵. Sobre o tema, Thamy Pogrebinski³²⁶ define uma

³²² ACOCELLA, Jessica. *Uma releitura da Desapropriação à Luz da Constituição de 1988 e suas Principais Repercussões sobre o Regime Jurídico Vigente*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Público) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013. p. 279.

³²³ BAPTISTA, Patrícia Ferreira. *Consensualidade e justo preço nas desapropriações: novos parâmetros à luz do direito administrativo contemporâneo*. No prelo. Texto gentilmente disponibilizado pela autora.

³²⁴ Sobre pragmatismo jurídico *vide*: RIBEIRO, Leonardo Coelho. *O Direito Administrativo como caixa de ferramentas: a formulação e a avaliação da ação pública entre instrumentalismo, instituições e incentivos*. 2015. n° f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

³²⁵ Sobre o tema, ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [meta] teoria normativa da decisão judicial: caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris,

tríade de argumentos que comporia o núcleo de ideias compartilhadas pelo pragmatismo, quais sejam o antifundacionalismo, o consequencialismo e o contextualismo. O antifundacionalismo pragmatista rejeita a existência de categorias apriorísticas; de dogmas estáticos, capazes de fundar o pensamento, ou conceitos que apresentem significados finais³²⁷. Nesse quadrante, toma cena a crítica constante enquanto método de pensamento, a importância dos fatos, e a inexistência de certezas absolutas³²⁸. O consequencialismo, por sua vez, representa a máxima de que as teorias só podem ser testadas por suas consequências, e que é preciso olhar para o futuro, e não ao passado³²⁹. A não ser quando olhar para o passado seja “metodologicamente interessante ao próprio estabelecimento do futuro³³⁰”.

Tudo isso faz com que o Direito Administrativo seja concreto, portador de decisões e medidas que influenciam diariamente a vida das pessoas, sobretudo por seu caráter instrumental³³¹. Nas palavras de Fritz Werner³³², isso faz com que o Direito

2009. p. 176. Margarida Lacombe acrescenta ao rol outras duas características: instrumentalismo (o direito é encarado como instrumento de orientação da conduta social) e a interdisciplinariedade (os efeitos da ação devem ser ponderados por conhecimentos de outras áreas do conhecimento). CAMARGO, Margarida Lacombe. O pragmatismo no Supremo Tribunal Federal brasileiro. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. pp. 368-369.

³²⁶ Ainda que, cada qual à sua maneira. Sobre o tema, cf.: POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo: teoria social e prática*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005. p. 24.

³²⁷ A interpretação consequencialista do direito administrativo é defendida por Alexandre Santos de Aragão. ARAGÃO, Alexandre Santos de. Interpretação consequencialista e análise econômica do direito público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e economicidade. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

³²⁸ POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo: teoria social e prática*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005. p. 26, p. 36 e p. 37.

³²⁹ Nesse sentido, Richard Posner sustenta: “Pragmatic adjudication is not, as its ill-wishers charge, a synonym for ad hoc decisionmaking, that is, for always deciding a case in the way that will have the best immediate consequences without regard to possible future consequences”. (POSNER, Richard A. *Overcoming law*. Cambridge: Harvard University Press, 1995. p. 12).

³³⁰ POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo: teoria social e prática*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005. p. 38.

³³¹ Nesse sentido, são os seminais ensinamentos de José Vicente Santos de Mendonça: “O pragmatismo de Posner é (ii) instrumental. A teoria é instrumento para um fim concreto, a saber, a distribuição de bens ou a recomposição de estados operada por intermédio do Direito. Também o Direito é meio para diversos fins. A proposição não é revolucionária; diversas teorias jurídicas, antigas e novas, insistem para que se evite a reificação. Aqui estamos em terreno consensual. Dificilmente alguém sustentaria, hoje, que o Direito deve se fechar em si mesmo de modo inflexível e “desoxigenado” em relação à finalidades que lhe subjazem.” (grifos postos). MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito constitucional econômico: a intervenção do*

Administrativo seja “o Direito Constitucional concretizado”, ou a “Constituição em ação”, como prefere Lorenz Von Stein³³³. O ponto é arrematado por Leonardo Coelho Ribeiro³³⁴, quando afirma que “essa relação de extrema proximidade com a realidade leva a atividade administrativa a ser igualmente influenciada por esse caráter concreto, típico de um ramo jurídico que cuida, seja por meio das pequenas, ou grandes decisões, de resolver problemas da vida”. Essa linha interpretativa (do pragmatismo jurídico) corrobora o entendimento no sentido de que não se predica que o Poder Público, em qualquer hipótese, ajuíze uma ação expropriatória para levar a efeito a instituição de um sacrifício de direito. A nós, parece que, no atual estado da arte, entendimento contrário militaria em desfavor dos princípios da eficiência e da economicidade (arts. 37 e 70 da CRFB).

O entendimento aqui defendido vai ao encontro de uma das principais diretrizes estabelecidas pela Corporação Financeira Internacional (IFC), braço do Banco Mundial que tem como objetivo financiar projetos de infraestrutura de valor superior a dez milhões de dólares, no sentido de que os processos expropriatórios sejam, preferencialmente, consensuais. Essa diretriz está consubstanciada, no padrão de desempenho nº 5, parágrafo 3, do documento denominado “Princípios do Equador”, o qual dispõe que “para ajudar evitar a desapropriação e limitar a necessidade de recorrer à autoridade governamental para executar a transferência, os clientes são incentivados a utilizar acordos negociados que atendam aos requisitos deste Padrão de Desempenho, ainda que disponham dos meios legais para adquirir a terra sem o consentimento do

estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 62.

³³² É como anota Hartmut Maurer: “Fritz Werner, então presidente da Corte Administrativa Alemã, cunhou a tão citada máxima do ‘direito administrativo como direito constitucional concretizado’ (DvBl, 1959, p. 527).” MAURER, Hartmut. *Derecho administrativo alemán*. Traducido del original alemán (allgemeines verwaltungsrecht, c. h. Beck, münchen, 2006, 16a. edición). México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2012. p. 14.

³³³ Ainda Hartmut Maurer: “Neste sentido, cabe afirmar que a administração é a “constituição em ação” (Lorenz von Stein, *Handbuch der Verwaltungslehre*, 3a. ed., 1888, vol. 1, p. 6).” MAURER, Hartmut. *Derecho administrativo alemán*. Traducido del original alemán (allgemeines verwaltungsrecht, c. h. Beck, münchen, 2006, 16ª edición). México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2012. pp. 14/15.

³³⁴ RIBEIRO, Leonardo Coelho. *O Direito Administrativo como caixa de ferramentas: a formulação e a avaliação da ação pública entre instrumentalismo, instituições e incentivos*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015. p. 56.

vendedor”. De acordo com essa diretriz, a regra deve ser o procedimento consensual de desapropriação (administrativo), e não o processo judicial.

Trata-se uma das manifestações da consensualidade na atuação Administrativa, mais especificamente por meio da celebração de pactos negociados. Nesse sentido, Juliana Bonacorsi de Palma³³⁵, em estudo monográfico sobre o tema, afirma que a Administração, com base no princípio da consensualidade, pode celebrar os seguintes instrumentos com particulares: (i) os acordos substitutivos, que tem por fim substituir a penalidade que seria aplicada em sede de procedimento administrativa (v.g. Termo de Ajustamento de Conduta – TAC, previsto no art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/1985); (ii) os acordos de complementação, por meio dos quais se visa a incrementar a eficácia das atividades administrativas, mediante o estabelecimento de obrigações mútuas entre o Poder Público e os particulares; e (iii) *os acordos de integração*, por meio dos quais a Administração confere celeridade ao andamento de processos administrativos (v.g. celebração da desapropriação consensual, prevista no art. 10 do Decreto-lei nº 3.365/1941).

A referida tendência da atuação consensual da Administração Pública fora, há muito, observada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto³³⁶, quando leciona que “o antagonismo já propiciou, durante boa parte da história, o progresso da humanidade, mas, por outro lado, fomentou o acontecimento de guerras – duas quentes e uma fria”. E conclui, em passagem lapidar, que, por essa razão, “a coordenação, por possibilitar uma convergência de expressões do poder, aumenta o grau de confiança do Administrado no Estado; daí o surgimento do princípio do Consenso, que se traduz no primado da concertação sobre a imposição”. Portanto, se não bastasse o fato de que o processo judicial de desapropriação vem se mostrando antieconômico para expropriante e expropriado, o primado do consenso impõe que sejam estabelecidos procedimentos negociados com os particulares. Nessa perspectiva, a judicialização contenciosa seria a última *ratio* para a composição dos interesses envolvidos, e não a

³³⁵ PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2015. pp. 247/252.

³³⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O direito administrativo do século XXI: um instrumento de realização da democracia substantiva. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, jul./set. 2011. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=74838>>. Acesso em: 15 dez. 2015

primeira opção da Administração³³⁷, máxime em setores regulados (a isso se voltará doravante).

Há mais, porém. A exigência de um processo judicial expropriatório desconsidera o papel do procedimento administrativo na dogmática do Direito Administrativo hodierno. No contexto oitocentista, a Administração Pública exercia o seu mister por meio de atos administrativos unilaterais, imperativos, sob a observância cega aos princípios da legalidade administrativa e da supremacia do interesse público. Nesse contexto, não era relevante o caminho percorrido pela Administração Pública para produzir a sua decisão. No entanto, após o segundo pós-guerra e com a consagração dos Direitos Fundamentais nas Constituições Democráticas, o indivíduo passa ao centro do ordenamento jurídico, alteração axiológica que propiciou relevantes mudanças na interpretação do Direito Administrativo³³⁸.

Essa mudança de paradigmas traz como consequência o fato de que, atualmente, a Administração Pública não se submete mais, tão somente, ao princípio da legalidade administrativa – outrora considerado como a vinculação à lei em sentido estrito –; os atos estatais devem se pautar num conceito mais amplo de legalidade – a um “bloco de legalidade” –, cujo espectro abrange os princípios gerais do direito e, principalmente, os princípios constitucionais. Trata-se do denominado princípio da juridicidade³³⁹. Nesse

³³⁷ A desapropriação como um instrumento de consenso vem possibilitando, inclusive, que o Poder Público realize esse procedimento em benefício de particulares, como lecionam Carlos Ari Sundfeld, Jacinto Arruda Câmara e Rodrigo Pagani de Souza: “A resposta que apresentamos no presente estudo é de que, sob determinadas condições, os Poderes Públicos podem sim colaborar com o parceiro privado, intermediando a aquisição desses direitos. A colaboração estatal pode ocorrer por meio da utilização dos instrumentos de força, para aquisição de direitos patrimoniais, que estão à disposição exclusivamente do Estado — tais como os da desapropriação e da instituição de servidões. Lançando mão desses instrumentos, os Poderes Públicos podem viabilizar a aquisição privada de direitos sobre os imóveis necessários ao desempenho da atividade de interesse público. É importante frisar que esta possível colaboração estatal não se funda no objetivo de favorecer particulares, mas no de beneficiar a atividade de interesse público por eles desempenhada”. (SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacinto Arruda; SOUZA, Rodrigo Pagani de. Desapropriação em favor de particular: proibição, limites e possibilidades. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, jan./mar. 2012. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=78310>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

³³⁸ Como retratado por Diogo de Figueiredo Moreira Neto em MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novas Tendências da Democracia: Consenso e Direito Público na Virada do Século - o Caso Brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, n. 3, ano 1 Outubro / Dezembro 2003. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12537>>. Acesso em: 15 dez. 2015

³³⁹ Acerca dos contornos do princípio da juridicidade, confira-se Gustavo Binenbojm: “A idéia de *juridicidade administrativa*, elaborada a partir da interpretação dos princípios e regras

quadrante, sai do centro do Direito Administrativo o “Ato Administrativo” dando lugar ao “Processo Administrativo”, na qualidade de um iter procedimental participativo que tem por fim produzir uma decisão administrativa que respeite os direitos fundamentais do administrado; surge, pois, a doutrina da “processualização da atividade administrativa³⁴⁰”, segundo a qual o procedimento passa a ostentar posição de centralidade no desenvolvimento da atividade administrativa e, portanto, no trato da Administração com os administrados³⁴¹.

constitucionais, passa, destarte, a englobar o campo da *legalidade administrativa*, como um de seus princípios internos, mas não mais altaneiro e soberano como outrora. Isso significa que a atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra, (i) segundo a lei, quando esta for constitucional (atividade *secundum legem*), (ii) mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independente ou para além da lei (atividade *praeter legem*), ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais (atividade *contra legem*, mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição)”. (BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. *Revista Brasileira de Direito Público* – RBDP, Belo Horizonte, n. 14, ano 4, jul./set. 2006. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=37252>>. Acesso em: 15 dez. 2015).

³⁴⁰ Como ressaltado por Vitor Rhein Schirato: “Todavia, conforme advertido acima, discricionariedade não mais é vista como liberdade absoluta do administrador público. Progressivamente, chega-se à concepção de que discricionariedade é limitada e encontra no Direito claras contenções. Tais contenções advêm (i) de uma alteração da concepção de legalidade, que passa a prever uma vinculação da Administração Pública ao Direito e não somente à norma criadora da competência, e (ii) da necessidade de processualização das decisões administrativas, que deixam de existir isoladamente e passam a existir insertas em um processo administrativo, fazendo com que a Administração Pública, por meio de atos administrativos inter-relacionados venha a comprovar o atendimento à finalidade da norma”. (SCHIRATO, Vitor Rhein. Discricionariedade e poder sancionador: uma breve análise da proposta de regulamento da ANATEL. *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, out./dez. 2008. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=56090>>. Acesso em: 15 dez. 2015).

³⁴¹ Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva sintetiza a evolução: “O descurar do procedimento administrativo tinha sido, até então, a consequência lógica necessária da clássica perspectiva actocêntrica. Assim, por um lado, a dogmática tradicional assentava na <atenção exclusiva, ou predominante, pelo que se pode chamar a perspectiva jurisdicional da Administração Pública, ou seja, pelos aspectos relevantes para o exame realizado pelos juízes. E, uma vez que o objecto da decisão é o acto final, só este era realçado> (CASSESE). Daí que o procedimento, segundo a doutrina clássica, ou não era considerado de todo, ou era considerado apenas para explicar a decisão final da Administração, enquanto simples instrumento ao serviço do acto administrativo e não de uma forma autônoma. *Diferentemente, agora, de acordo com um importante sector da doutrina italiana, o procedimento deve passar a ser visto como a alternativa dogmática ao acto administrativo*. Está-se aqui, como escreve NIGRO, perante <uma paradoxal inversão de posições. O procedimento – nascido ao serviço do acto para explicar o seu nascimento e exaltar o seu domínio, através da distinção entre acto recorível (“provvedimento”) e actos instrumentais – destruiu praticamente o acto, reduzindo-o (no dizer de SCHMITT GLAESER, no comentário da lei alemã sobre o procedimento administrativo) a um mero resumo dos elementos pré-formados no decurso do procedimento>.” (Os grifos não

Em decorrência de sua nova dimensão ontológica e cognitiva, esse instituto passa a ser o local adequado, no qual serão ponderados os múltiplos interesses públicos³⁴². Essa legitimação pelo procedimento confere legitimidade à decisão administrativa, que passará a ser permeada pela participação dos agentes interessados. Nas palavras de Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva³⁴³, “A participação é não apenas consubstanciada no instituto do contraditório, mas destinada à ponderação de interesses, sendo o seu escopo principal a composição material dos interesses.” No mesmo sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto³⁴⁴ leciona que “nessas condições, não se deve estranhar que, cada vez mais, a sociedade civil, por seus membros ou por suas entidades organizadas, até especialmente para defender esses interesses públicos, mas não mais necessariamente estatais, se proponha a colaborar no processo decisório administrativo”.

Daí poder-se afirmar que o procedimento administrativo não se resume mais a uma justaposição de atos incomunicáveis e heterogêneos. Pelo contrário, é verdadeiro encadeamento coordenado que tem por vista a consecução de determinado objeto. Nesse contexto, a finalidade que se busca por intermédio do processo administrativo é traduzida, ao cabo, em um ato administrativo final, que, por arquitetura lógica e inequívoca, só se revela perfeitamente concebido quando atendidos, ao longo do processo, todos os requisitos e elementos necessários à sua esmerada formação³⁴⁵. Essa

são do original). SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*. Coimbra: Almedina, 1996. pp. 302-303.

³⁴² De acordo com Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “o interesse público, legalmente definido como o que está posto sob a responsabilidade do Estado e tido como finalidade de sua ação, não é outro senão, em síntese, o interesse geral da sociedade, ou, em se preferindo, o bem comum, como acepção metajurídica inspiradora da ação política, que o Direito definirá discriminadamente: para cada sociedade e para cada tempo. A posituação deste conceito, embora de inegáveis efeitos práticos para a definição da legalidade de seu atendimento, não afasta as dificuldades conceptuais trazidas pelo pluralismo, próprio das sociedades democráticas contemporâneas, que passa a exigir a consideração de múltiplos e diferentes interesses grupais, setoriais e regionais na conformação dessa síntese que o Estado deve satisfazer tendo em vista a legitimidade de seu atendimento, tornando obsoleto, em consequência o antigo conceito, ainda rousseauniano, de interesses gerais.” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 10).

³⁴³ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*. Coimbra: Almedina, 1996.

³⁴⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 217-218.

³⁴⁵ Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández conceituam: “El procedimiento no se resume, pues, en un acto de naturaleza compleja – la resolución –, en el que vendrían a fundirse, perdiendo su propia identidad, todos los anteriores a él, ni tampoco consiste en un mero

processualização dos interesses em debate tem lugar porque os Direitos Fundamentais dos Administrados são alçados a parâmetros de formação dos atos administrativos, também como uma forma de aplicação do já citado princípio da consensualidade administrativa. Nesse quadrante, todo processo administrativo, como uma relação jurídica de Direito Público, é dirigido a uma finalidade, que é pautada, sempre, pelo interesse público.

Diante do exposto, entende-se que, neste particular, se faz necessária a aplicação da técnica da “mutação constitucional³⁴⁶” ao disposto no § 3º, do art. 184, da CRFB, o qual, segundo Carlos Ari Sundfeld, exigiria, em todas as hipóteses, o ajuizamento de um processo judicial expropriatório para a imposição de sacrifício de direitos. Explica-se. Como é de conhecimento convencional, a modificação da Constituição pode dar-se pela via formal, ou informal. A via formal tem lugar pelas reformas constitucionais, alterações do texto constitucional decorrentes do exercício do Poder Constituinte Derivado, segundo os procedimentos estabelecidos na própria Constituição pelo legislador constituinte originário, quais sejam: a revisão constitucional (art. 3º, ADCT³⁴⁷) e a reforma constitucional, disposta no (art. 60, CRFB³⁴⁸).

agregado de actos heterogéneos por su origen y por su contenido, carentes de toda relación estructural entre sí. Se trata, más bien, de una cadena, cuyos distintos eslabones aparecen articulados a través de un vínculo común, sin merma de su individualidad propia, en orden a un fin único a cuya consecución coadyuvan.” ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Séptima edición. Madrid: Civitas ediciones, 2000. p. 443.

³⁴⁶ Hipótese similar ao que Ministro Gilmar Mendes entendeu ter acontecido com o disposto no art. 52, inciso X, da CRFB, como se extrai do seguinte excerto do seu voto na Reclamação Constitucional nº 4335/AC: “É possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988. Valendo-nos dos subsídios da doutrina constitucional a propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica reforma da Constituição sem expressa modificação do texto. Em verdade, a aplicação que o Supremo Tribunal Federal vem conferindo ao disposto no art. 52, X, da CF indica que o referido instituto mereceu uma significativa reinterpretação a partir da Constituição de 1988”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 4335/AC. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julg.: 20 mar. 2014)

³⁴⁷ Art. 3º. “A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral”. Ressalte-se que, a revisão constitucional já ocorreu, não podendo mais ser utilizada essa via, pois o citado artigo fez menção a apenas uma revisão. Explicando a diferença entre o procedimento de revisão e de reforma, Fernando Capez esclarece que: “[...] o constituinte de 1988, no entanto, tratou de estabelecer uma forma de alteração constitucional extraordinária, denominada revisão. Tal Poder Constituinte revisional apresenta limitação temporal, pois só pode ser exercido uma vez, passados, no mínimo, cinco anos da promulgação da Constituição Federal; o quorum de aprovação é mais fácil, ou seja, maioria absoluta, e o exercente do Poder Constituinte revisional é o Congresso Nacional, mas em composição

Já a alteração informal tem lugar pela denominada *mutação constitucional*³⁴⁹, assim considerada, nas palavras de Luís Roberto Barroso³⁵⁰, como um “mecanismo que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere, no entanto, qualquer modificação de seu texto”. De acordo com Dimitri Dimoulis e Soraya Regina Gasparetto Lunardi³⁵¹ a mutação constitucional apresenta dois elementos definitórios básicos. Primeiro, um elemento (ou dimensão) temporal. A modificação na atribuição de sentido da norma constitucional ocorre em determinado momento histórico do ordenamento. Segundo, um elemento social. Trata-se da atribuição de relevância interpretativa a elementos externos aos enunciados interpretados.

unicameral, o que facilita a aprovação das matérias (art. 3º do ADCT). A revisão constitucional já ocorreu, não podendo mais ser utilizada essa via, pois o citado artigo fez menção a apenas uma revisão.” CAPEZ, Fernando. *Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005. p. 66.

³⁴⁸ Art. 60. “A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. § 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. § 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. § 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais. § 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.”

³⁴⁹ Esse fenômeno vem sendo identificado, inclusive, no âmbito da regulação, como dão conta Egon Bockmann Moreira e Heloisa Conrado Caggiano: “Este novo sentido amplo atribuído ao princípio da legalidade pelo Supremo Tribunal Federal (que, conforme demonstrado, já vem sendo abordado pela doutrina), configura sério indício de verdadeira mutação constitucional em face da concepção clássica propagada, e aplica-se com perfeição à questão do poder normativo conferido às agências reguladoras, órgãos da Administração Pública indireta que visam à regulação de setores da economia, como forma de assegurar o bom desempenho das funções regulatórias, sem perder de vista os limites, standards, previstos em lei”. (MOREIRA, Egon Bockmann; CAGGIANO, Heloisa Conrado. O poder normativo das agências reguladoras na jurisprudência do STF: mutação constitucional do princípio da legalidade?. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, jul./set. 2013. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=97658>>. Acesso em: 15 dez. 2015).

³⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009. p. 123

³⁵¹ LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto; DIMOULIS, Dimitri. Efeito transcendente, mutação constitucional e reconfiguração do controle de constitucionalidade no Brasil. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC*, Belo Horizonte, ano 2, n. 5, p. 217-238, jan./mar. 2008.

É, justamente, a hipótese. Isto porque a exigência do ajuizamento de um processo judicial expropriatório não encontra mais amparo na realidade subjacente a tais processos, nem, tampouco, fundamento nos novos paradigmas que norteiam a atuação da Administração Pública (os da consensualidade e da processualização). Destarte, se essa dinâmica já vem sendo aplicada, no âmbito dos processos de desapropriação, em que há a translação material do domínio para Poder Público, não há qualquer razão que justifique a sua inaplicabilidade aos processos normativos que resultem nos mesmos efeitos. Mais que isso, conferir tratamentos díspares a situações equivalentes violaria o princípio da isonomia. Essa processualização, *ex ante*, da função normativa expropriatória se justifica, seja porque o ato administrativo dela resultante não pode ser insulado das influências dos particulares por ela afetados, seja porque essa função administrativa afeta múltiplos agentes. Os temas serão desenvolvidos na sequência.

5.2 O ato administrativo “autista” e as relações administrativas multipolares

A parte inicial do título deste item é uma homenagem ao seminal texto “A superação do ato administrativo autista”, de Floriano de Azevedo Marques Neto³⁵², em que o referido autor retrata a mudança de paradigmas por que passa o ato administrativo. De acordo com o Marques Neto, a construção do conceito de ato administrativo teve apoio na ideia de autoridade, momento no qual se conferia pouca importância ao administrado, posto que a sua relação com a Administração Pública era pautada por um viés de subordinação, verticalizada. Nessa acepção, o referido autor define o ato administrativo autista como “a manifestação unilateral da Administração Pública, por intermédio de agente competente, no exercício de poder extroverso e praticado em cumprimento estrito de um comando legal, sujeitando-o ao controle judicial quanto aos aspectos de legalidade”.

Nada obstante, de acordo com Marques Neto, a necessidade de a Administração Pública editar atos administrativos sob a diretriz da processualidade resultou em três consequências a confrontar o ato administrativo autista: (i) o percurso de edição do ato administrativo torna-se permeável aos interesses dos administrados potencialmente

³⁵² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A superação do ato administrativo autista. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein. *Os Caminhos do Ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. pp. 90-113.

colhidos por seus efeitos³⁵³; (ii) o agir administrativo não poderá ser referenciado apenas nas balizas editadas *ex ante* (fundamento legal), tornando-se necessária também a consideração de um olhar prospectivo (*forward-looking*), mediante a ponderação de impactos, comparação de alternativas, fundamentação de escolhas; e (iii) terá lugar a ampliação do controle da Administração Pública, por meio da redução da discricionariedade administrativa.

As três consequências citadas pelo autor se aplicam ao exercício da função normativa da Administração que tenha efeitos expropriatórios. É que, ao fim e ao cabo, a expedição de uma norma pela Administração Pública (em decorrência do poder regulamentar, ou do poder normativo secundário), resulta na edição de um ato administrativo³⁵⁴. Nessa qualidade, os atos normativos da Administração devem se sujeitar aos referidos paradigmas, os quais se justificam, com muito mais razão, em atos normativos que resultem na expropriação da propriedade privada.

A permeabilidade dos interesses dos administrados é uma exigência do devido processo legal expropriatório, garantida pelo disposto no art. 5º, incisos XXIV e LIV, da Constituição – procedimento este que, neste trabalho, defende-se que poderá ter natureza administrativa. *A necessidade de o ato administrativo considerar seus impactos futuros* se aplica ao fenômeno ora investigado, justamente, porque se trata de uma falha da regulação provocada pela não realização de um procedimento avaliador de seus efeitos sistêmicos. *A ampliação do controle da Administração* também terá lugar para aferir a constitucionalidade/legalidade desses atos, inclusive, sob um viés procedimental, o que poderá ensejar a Responsabilidade Civil do Estado por ato lícito, como visto no terceiro capítulo.

Demais disso, não se pode olvidar que, no Direito Brasileiro, a abordagem doutrinária que orientou a construção do conceito de ato administrativo teve por fim

³⁵³ No mesmo sentido, Fabrício Mota: “A processualização do ato administrativo é outra tendência claramente identificada. O controle do ato passa, assim, a acontecer antes de sua edição, durante o procedimento de sua formação, através de audiências e consultas públicas. É necessário ressaltar que o escopo dessa tendência é horizontalizar a relação entre Administração e administrado, como forma de efetivação da democracia, razão pela qual torna-se condenável a atribuição de privilégios demais ao Estado nesse processo. (MOTTA, Fabrício. A Origem e a Significação do Ato Administrativo no Estado de Direito”. *Fórum Administrativo – Direito Público* – FA, Belo Horizonte, ano 2, n. 12, fev. 2002. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=1363>>. Acesso em: 15 dez. 2015).

³⁵⁴ Nesse sentido, FORTINI, Cristiana; PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho; CAMARÃO, Tatiana Martins da Costa. *Processo Administrativo: Comentários à Lei nº 9.784/1999*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 33.

equipará-lo ao ato jurídico, disciplinado pela Teoria Geral do Direito Civil³⁵⁵, sobretudo pelo disposto no art. 81 do revogado Código Civil de 1916. Nada obstante, o Código Civil de 2002, buscando fundamento no Código Civil Alemão (BGB), consagrou a Teoria de Negócio Jurídico, a qual se configura quando o sujeito manifesta a intenção de produzir os efeitos previstos no ordenamento jurídico, relegando a uma posição secundária o conceito de ato jurídico (vide arts. 104 e ss. do *Codex*). Essa alteração não é desimportante para nova sistemática dos Atos administrativos. Nesse sentido, Marcos Perez³⁵⁶ observa que “na verdade, o que vemos é que, em todas as pessoas jurídicas, públicas ou privadas, a manifestação de vontade é resultado de um processo decisório intestino, voltado à realização de suas finalidades institucionais”. De fato, essa concepção de negócio jurídico se espraia para o Direito Administrativo³⁵⁷, de sorte que o ato administrativo, de acordo com essa ótica, passa a ter a sua formação condicionada a uma convergência de vontades, e não mais a prática de um ato unilateral pela Administração Pública³⁵⁸.

³⁵⁵ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 139.

³⁵⁶ PEREZ, Marcos. O Negócio Jurídico administrativo. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coords.). *Os Caminhos do Ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 268.

³⁵⁷ Tanto é verdade que há autores que admitem a possibilidade de a Administração Pública celebrar negócios jurídicos de direito privado que tenham por objeto sua competências sancionatórias, a exemplo de Ana Luiza de Andrade Nery que, analisando o compromisso de ajustamento de conduta previsto na Lei das Ações Cíveis Públicas (Lei nº 7.347/85), o coloca entre os negócios jurídicos bilaterais do direito privado, mais precisamente, como forma *sui generis* da transação prevista no art. 840 do Código Civil: “[...] entendemos que o compromisso de ajustamento é, essencialmente, um negócio jurídico bilateral, equiparado à transação, mas forma *sui generis* deste instituto de direito privado”. (NERY, Ana Luiza de Andrade. *Compromisso de ajustamento de conduta*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 156)

³⁵⁸ Em sentido contrário, Celso Antonio Bandeira de Melo: “Neste passo está-se a referir as mais variadas hipóteses em que o ato administrativo pressupõe a concordância prévia ou posterior do administrado. E o que ocorre para a emissão de autorizações, licenças, permissões, concessões e quejandos, as quais só são expedidas caso haja interessados que previamente os requeiram ou que se habilitem a tanto. Sobre a natureza destes atos e as diversas teorias que foram sugeridas ao respeito de alguns deles, pelo menos, questionando se são atos bilaterais ou se são dois atos unilaterais que se conjugam para obtenção do resultado final, se são contratos impregnados de um elemento de comando e outras variações, é altamente elucidativa a exposição de Stassinopoulos. Ao nosso ver, deixando de lado o caso da nomeação, que exigiria explicações mais minuciosas para seu completo esclarecimento, entendemos que são dois atos unilaterais que se completam e que se reclamam”. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Para uma teoria do ato administrativo unilateral. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 15, n. 77, jan./fev. 2013. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=86573>>. Acesso em: 15 dez. 2015).

Se não bastasse essa nova sistemática que deve orientar a formação dos atos administrativos, em geral, os atos normativos expedidos pela Administração Pública, em particular, possuem características específicas, que devem servir de norte para a sua processualização. É que os efeitos dos normativos, por serem atos gerais e abstratos, não se subsumem a uma relação jurídica apenas entre duas partes. É dizer, a edição de uma norma pela Administração Pública faz surgir um plexo de relações jurídicas entre diversos agentes³⁵⁹. Isto é, surge uma relação primária entre o Poder Público e o destinatário primeiro da norma (o qual passa a ostentar um direito público subjetivo em face do Estado) e uma relação secundária, mas não menos relevante, que passa a ser travada com os agentes por ela afetados, de forma reflexa (que passam a ter *interesse* em influenciar a edição da norma).

Trata-se do que Hamut Maurer³⁶⁰ denomina de *relações administrativas multipolares*, as quais “se distinguem das relações bipolares pelo fato de não só o estado de um lado e o cidadão – ou mais cidadãos, mas com interesses no mesmo sentido – do outro lado estão face a face, mas de também do lado do cidadão são feitos valer interesses distintos e em sentido contrário”. Exemplificando essa relação, o referido autor apresenta uma hipótese em que o Tribunal Constitucional Alemão considerou cabível a proteção jurídica dos *interesses* dos vizinhos em face de planos de urbanização (*BVerwGE*, 151, 154f.). Francisco Paes Marques³⁶¹, em obra específica sobre o tema, afirma que “mesmo que se entenda não poderem actos de natureza normativa fundar relações jurídicas, o certo é que, pelo menos numa perspectiva funcional, temos de considerar os regulamentos como instrumentos não só conformadores, mas, por vezes, também constitutivos de uma relação jurídica multipolar”. O referido autor, assim como

³⁵⁹ Nesse sentido, Fernando Vernalha Guimarães: “De fato, a crise da tradicional dogmática do ato administrativo deu lugar a um processo de revalorização do procedimento (fomentado especialmente pelas doutrinas italiana e germânica), cujo principal propósito é o de afirmar suas novas funções, destacadas pelas nuances próprias da ação administrativa infra-estrutural (FABER). Nesta nova dimensão da atividade administrativa, o ato administrativo deixa de ser apenas uma forma de atuação concreta, particular, produzindo efeitos a uma multiplicidade de sujeitos, pondo-se a serviço de uma relação jurídico-administrativa multilateral”. (GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Procedimento e Função Regulatória de Serviços Públicos no Estado Pós-social*. A&C - *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, n. 14, ano 3 Outubro / Dezembro 2003 Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12644>>. Acesso em: 15 dez. 2015)

³⁶⁰ MAURER, Hartmut. *Direito Administrativo Geral*. Tradução de Luís Afonso Heck. São Paulo: Manole, 2006. p. 191.

³⁶¹ MARQUES, Francisco Paes. *As relações jurídicas administrativas multipolares*. Portugal: Almedina, 2011, p. 63.

Hamut Maurer, fornece exemplo das planificações urbanísticas como uma hipótese de normativo que afeta diversos agentes direta, ou indiretamente³⁶².

Para Hans J. Wolff³⁶³, essa nova tônica da relação jurídico-administrativa passa a ser entendida como “o conceito genérico de todas as relações bilaterais e plurilaterais, externas e internas, entre a Administração e as pessoas civis, as quais dizem respeito aos direitos opostos resultantes de uma relação jurídica, visando servir à concretização de funções especiais dos direitos e aos direitos fundamentais dos atingidos”. Sobre o tema, José Joaquim Gomes Canotilho³⁶⁴, valendo-se dos ensinamentos Rudolf Steinberg, aduz que os referidos atos: (i) se materializam num programa legal relativamente abrangente; (ii) se configuram na avaliação de riscos apelativos de conhecimentos técnicos-científicos; (iii) predicam a pluralização e a interpretação de interesses públicos e privados; (iv) e retiram a sua *legitimidade da intervenção dos interessados do acto procedimental praticado pela administração*.

Nesse quadrante, os particulares afetados pelo ato passam a possuir interesses diretos nos seus efeitos. É dizer, passam a ser uma parte necessária no processo de formação destes atos administrativos. Diante dessa perspectiva, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira³⁶⁵ afirma que “esses particulares, titulares de direitos subjetivos públicos,

³⁶² Esses atos se equiparam aos atos administrativos consensuais referidos pela doutrina espanhola, como dá conta Luciano Parejo Alfonso: “Estos últimos actos, que representan, como digo, una rigurosa y en principio positiva novedad, son referibles a la actividad unilateral por el régimen de su producción (en el contexto de un procedimiento que igualmente podría haber concluido mediante acto unilateral), siendo adscribibles a la bi- o multilateral por su resultado, que, en definitiva, es un acuerdo, pacto, convenio o contrato. Sin perjuicio de que éste, es decir, el resultado (un negocio jurídico bi- o multilateral) deba incidir de forma importante en su régimen jurídico de fondo, no puede desconocerse la especificidad de éste respecto de los contratos administrativos en sentido estricto, por lo que los actos consensuales no pueden confundirse con ellos: son, propiamente, actos administrativo. (ALFONSO, Luciano Parejo. Los Actos Administrativos Consensuales en el Derecho Español . A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, n. 13, ano 3 Julho / Setembro 2003 Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=12631>>. Acesso em: 15 dez. 2015).

³⁶³ WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. *Direito Administrativo*. V. I. Traduzido do original alemão por Antônio Francisco de Souza. [S. l.]: Fundação Calouste Gulbenkin, 2006. p. 56.

³⁶⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Relações Jurídicas Poligonais, Ponderação Ecológica de Bens e Controlo Judicial Preventivo. *Revista de Urbanismo e do Meio Ambiente*, n. 1, pp. 55-66. Coimbra: Almedina, 1994.

³⁶⁵ PEREIRA, Vasco Manuel Pascoal Dias. *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 234.

já não podem mais ser considerados terceiros em face da Administração, ou perante aqueles outros privados imediatamente destinatários da sua actuação”.

A referida concepção de relação administrativa multipolar já foi incorporada pelo ordenamento jurídico pátrio. O art. 9º, inciso II, da Lei nº 9.784/1999 (Lei de Processo Administrativo Federal), por exemplo, confere legitimidade para intervir no processo administrativo “àqueles que, sem terem iniciado o processo, têm *direitos ou interesses* que possam ser afetados pela decisão a ser adotada” (grifamos). O Mesmo diploma, em seu art. 31, não só confere legitimidade para intervenção dos interessados no procedimento administrativo, como faculta à Administração Pública, quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, mediante despacho motivado, a abertura de período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada.

Nessa perspectiva, defende-se o entendimento de que a função normativa da Administração Pública deverá ser sempre procedimentalizada. Mais que isso, caso se trate de uma normatização que tenha impactos da propriedade privada (como as limitações administrativas expropriatórias, ou as regulações normativas), estes agentes passam a ser parte integrante desta relação jurídica. E isso por duas ordens de razão. A primeira é a de que se trata de um ato administrativo que predica, para sua formação, a permeabilidade dos interesses dos administrados. A segunda, por se tratar um agente que tem seu plexo de direitos afetados por uma relação administrativa multipolar.

As considerações apresentadas nesse tópico e tudo quanto já foi exposto até aqui têm como finalidade fundamentar o nosso entendimento o sentido de que os atos normativos da Administração Pública com efeitos expropriatórios não são, *per se*, ilícitos. Porém, predicam de uma procedimentalização (administrativa, e não, necessariamente judicial), na qual o afetado tenha a possibilidade de influenciar, *ex ante*, nos seus termos, bem como de receber a devida compensação (e não indenização) pela subtração de seu patrimônio. Com isso, atender-se-ia o disposto no art. 5º, incisos XXIV e LIV, da Constituição, sem o surgimento da Responsabilização do Estado por Ato lícito. Sendo assim, parece-nos que o *locus* adequado para esse iter procedimental, no âmbito da regulação, é o *devido processo legal regulatório*, mais especificamente no bojo da Análise do Impacto Regulatório. É o que se exporá na sequência.

5.3 O devido processo legal regulatório normativo como substituto do devido processo legal expropriatório

Conforme tivemos a oportunidade de afirmar, o exercício da função regulatória se desenvolve por meio da ponderação dos múltiplos interesses setoriais. Portanto, se estes interesses não se manifestam, não há regulação – e viola-se o “princípio da legitimidade”. Mais que isso, essa pretensa regulação não será eficiente e violará o “princípio da eficiência”, por não ter alcançado o “ponto ótimo”, de equilíbrio entre custos e benefícios da regulação.

Trata-se de uma tendência que inova fórmulas funcionais e orgânicas para desenvolver uma administração pública especializada em setores críticos de interesses, o que se opera através da deslegalização de matérias³⁶⁶, e se caracteriza, ainda: pela separação entre a formulação de política pública (*policy*) e a administração pública (*administration*); pela visibilidade (ou, como vem passando ao português na voz “transparência”, como tradução literal de *transparency*, implícita no princípio da publicidade e também conhecida nos sistemas anglo-saxões como *sunshine policy*); pela responsividade (*accountability*), que é a satisfação da legitimidade da ação administrativa em termos de eficiência, mas, sobretudo, tem como característica a intensa processualização administrativa, inclusive com ampla participação de todos os agentes dos setores interessados. Destarte, a finalidade dessa função administrativa é a de estabilização de subsistemas, para a qual os reguladores se utilizam de diversas competências (cada qual com suas estruturas particularizantes, apartadas por suas finalidades e por diferentes graus de *enforcement*), as quais pressupõem a atuação comissiva do setor regulado.

Entretanto, para os fins da presente dissertação, investigar-se-á a *função normativa regulatória*. Não sob o aspecto de sua legalidade e legitimidade – melhores obras, certamente, já se prestaram a tal desiderato³⁶⁷. O objetivo das próximas considerações é o de investigar se, para o exercício dessa função, se predica de

³⁶⁶ A Deslegalização no Poder Normativo das Agências Reguladoras. Interesse Público - IP Belo Horizonte, n. 35, ano 8 Janeiro / Fevereiro 2006 Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=49313>>. Acesso em: 18 dez. 2015.

³⁶⁷ E.g.: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009; ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011; CARVALHO FILHO, José dos Santos. Agências Reguladoras e Poder Normativo. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico* - REDAE, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, fev./mar./abr. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 19 nov. 2015.

considerações acerca das suas consequências sobre a propriedade privada. O tema se mostra relevante, na medida em que essa função possui duas características: a generalidade e a abstração. A generalidade decorre de o normativo editado alcançar um número indeterminado de pessoas. A abstração, por sua vez, decorre de o ato normativo não disciplinar uma situação concreta, mas diversas hipóteses que se subsumam ao seu comando. Daí porque, numa análise perfunctória, tais atributos não se coadunariam com a participação individualizada de um agente regulado que tivesse a sua esfera patrimonial individualmente subtraída.

Esse argumento não merece prosperar. Isto porque entendimento nesse sentido violaria a própria concepção do devido processo legal. Explica-se. Retorne-se, agora, ao ordenamento estadunidense, para o fim de se aferir como o direito de propriedade dos agentes privados se compatibiliza com a cláusula do devido processo legal. Como discorrido no início desta dissertação, a teoria da expropriação regulatória (*regulatory takings*) teve lugar, em sede jurisprudencial, justamente, porque o exercício da função de polícia (*policy power*), ao expropriar a propriedade privada, desconsiderava o devido processo legal previsto na 14ª Emenda à Constituição Americana.

Ao comentar essa necessária compatibilização entre as potestades estatais e o devido processo legal naquele país, Luís Felipe Valerim³⁶⁸, em artigo específico sobre o tema, afirma que “o procedural due process of law consiste em um conjunto de requisitos mínimos indispensáveis como meio a se obter uma decisão estatal justa, isto é, que respeite as garantias fundamentais”. Ainda neste texto, o referido autor conclui “é através deste aspecto da cláusula do due process of law que se obtém, também, a observância da legalidade no sistema jurídico norte-americano, uma vez que, por ela, o administrador público, o legislador e o magistrado estão adstritos a seguir o procedimento previamente estabelecido em lei”.

Naquele país, portanto, o devido processo legal se prestava, justamente, a compatibilizar o exercício da função normativa estatal com os direitos fundamentais, dentre os quais o direito de propriedade. Daí porque a Suprema Corte construiu diversos precedentes, por meio dos quais consagrou o dever de manifestação (*hearing*) dos agentes que tiveram os seus direitos afetados pelo exercício da regulação. Nesse

³⁶⁸ PINHEIRO, Luís Felipe Valerim. O devido Processo Legal e o Processo Administrativo. *Fórum Administrativo* - Direito Público - FA, Belo Horizonte, ano 2, n. 20, out. 2002. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCnd=2583>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

quadrante, digno de nota é o precedente *Mathews v. Eldridge*, 424 U.S. 319 (1976), por meio do qual aquela corte consagrou o entendimento de que privação dos direitos dos particulares pode se dar, justamente, em decorrência da inadequação procedimental da norma.

Note-se que, para aquela corte, uma das vertentes do devido processo normativo estadunidense é, justamente, a aferição de quanto os administrados foram privados de seus direitos. Nesse sentido, Caio Tácito³⁶⁹ afirma que “A Jurisprudência da Suprema Corte norte-americana construiu, para a contenção de abusos desta natureza, o requisito do *due process of law*, o devido processo legal, como essência de legalidade dos comandos da autoridade”. Em prosseguimento, conclui que “Aplicado, originalmente, como garantia processual, o conceito se ampliou para alcançar, pelo chamado *substantive due process*, o remédio contra as restrições de direitos e liberdades na via administrativa e legislativa”.

No âmbito do exercício da regulação nos EUA, esse direito à participação dos agentes regulados afetado pelos efeitos nas normas regulatórias é decorrente, sobretudo, da aplicação do *APA - Administrative Procedure Act*, de 1946. Naquele diploma, são previstas três espécies normativas, a saber: *legislative rules* (leis que vinculam obrigações), *interpretive rules* (leis que veiculam interpretações) e *general statements of policy e procedural rules* (leis procedimentais), cada qual com um rito normativo aplicável. E qual seria a razão da obrigatoriedade de um procedimento participativo prévio à edição dessas regras? O impacto substancial - “*substantial impact*” – desses atos normativos no setor regulado³⁷⁰.

Essa experiência estadunidense vem servindo de norte para a interpretação do direito de participação no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, Rodrigo Pagani de Souza³⁷¹, em estudo acerca do devido processo legal norte americano, assevera que “a experiência norte-americana ilumina um pouco daquelas nossas

³⁶⁹ TÁCITO, Caio. *O desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais*. Temas de Direito Público (Estudo e Pareceres). 1. V. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 193.

³⁷⁰ GELLHORN, Ernest e LEVIN, Ronald M. *Administrative Law and Process in a nutshell*. 3. ed. St. Paul/Minnesota: West Publishing, 1990. Capítulo IX, “Rules and Rulemaking”. pp. 309-52.

³⁷¹ SOUZA, Rodrigo Pagani de. Participação pública nos processos decisórios das agências reguladoras: reflexões sobre o Direito brasileiro a partir da experiência norte-americana. *Fórum Administrativo - Direito Público - FA*, Belo Horizonte, ano 2, n.16, jun. 2002. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=2010>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

dúvidas. O atual estágio da evolução do direito norte-americano nos sugere que a obrigação de ‘levar em conta’ os resultados de uma audiência ou consulta pública é muito mais uma obrigação de resultados do que de meios”. Em prosseguimento, o referido autor ensina que “em outras palavras, a Administração tem como resultados a alcançar: demonstrar que considerou ao máximo possível todas as possibilidades antes de optar por determinado conteúdo de norma; demonstrar que a participação popular no processo normativo legalmente exigida não foi uma farsa; demonstrar, em suma, que exerceu sua competência discricionária com prudência, seriedade e responsabilidade”.

A participação dos administrados nas atividades administrativas não é uma peculiaridade Norte Americana. Verifica-se a consagração expressa do “princípio da participação administrativa”, nas constituições espanhola (arts. 9º.2 e 105³⁷²), portuguesa (art. 267, I³⁷³) e italiana (art. 3º³⁷⁴). Da mesma forma, o tratado que estabelece uma Constituição para a União Europeia, ao lado da democracia representativa, prevê, expressamente, o objetivo de efetivação do princípio da democracia participativa (art. I-47)³⁷⁵. Do mesmo modo, o princípio da participação tem

³⁷² Art. 9º.2: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.”; Art. 105. “La ley regulará: a) La audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten. b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas. c) El procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado.” Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 14 nov. 2005.

³⁷³ Art. 267, I: “A Administração Pública será estruturada de modo a evitar a burocratização, a aproximar os serviços das populações e a assegurar a participação dos interessados na sua gestão efectiva, designadamente por intermédio de associações públicas, organizações de moradores e outras formas de representação democrática.” Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 05 nov. 2015.

³⁷⁴ Art. 3º: “È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l’eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese.” Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 05 nov. 2015.

³⁷⁵ Art. I-47: “Princípio da democracia participativa 1. As instituições, recorrendo aos meios adequados, dão aos cidadãos e às associações representativas a possibilidade de expressarem e partilharem publicamente os seus pontos de vista sobre todos os domínios de acção da União. 2. As instituições estabelecem um diálogo aberto, transparente e regular com as associações representativas e com a sociedade civil. 3. A fim de assegurar a coerência e a transparência das acções da União, a Comissão procede a amplas consultas às partes interessadas. 4. Um milhão, pelo menos, de cidadãos da União, nacionais de um número significativo de Estados-Membros,

plena aplicabilidade ao ordenamento jurídico pátrio, tendo por fundamento primeiro a Constituição da República (CRFB) que, em diversos dispositivos, institui um sistema aberto de participação dos administrados na formação das decisões administrativas, como, por exemplo, no seu art. 1º, que traz a cláusula do Estado Democrático de Direito, e no seu art. 37, § 3º, com redação dada pela Emenda Constitucional nº19/1998, que prevê a participação do usuário na Administração Pública.

No âmbito da regulação, essa tendência é incorporada – e nem poderia ser diferente – nas leis de criação das agências reguladoras. Na lei de criação da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, previu-se a obrigatoriedade de realização de audiência pública prévia para os processos decisórios que afetarem os direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores (o art. 4º, § 3º da Lei nº 9.427/96); na lei de criação da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, o direito dos usuários de serviços de telecomunicações de receberem respostas às suas reclamações pela prestadora do serviço e de peticionarem contra a prestadora do serviço perante o órgão regulador e os organismos de defesa do consumidor, bem como a consulta pública prévia para análise da minuta do instrumento convocatório nas licitações dos serviços de telecomunicações seria outro exemplo (arts. 3º, X e XI; 89, II da Lei nº 9.472/97); na Lei de criação da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, exigiu-se a realização de audiências públicas para iniciativas de projetos de lei ou de alteração de normas administrativas que impliquem afetação de direito dos agentes econômicos ou de consumidores e usuários de bens e serviços da indústria do petróleo (art. 19 da Lei nº 9.478/97). Mais recentemente, o Decreto nº 8.243, de 23 de maio de 2014, instituiu a Política Nacional de Participação Social – PNPS e o Sistema Nacional de Participação Social – SNPS. O referido regulamento, além de conceituar os institutos da audiência pública e da Consulta Pública, apresenta como uma de suas principais diretrizes a ampliação dos mecanismos de controle social.

É, portanto, por meio dessa participação que se legitima a regulação (exercida por agentes não eleitos), bem como o controle de eficiência (pela manifestação dos

pode tomar a iniciativa de convidar a Comissão a, no âmbito das suas atribuições, apresentar uma proposta adequada em matérias sobre as quais esses cidadãos considerem necessário um acto jurídico da União para aplicar a Constituição. As normas processuais e as condições para a apresentação de tal iniciativa pelos cidadãos, incluindo o número mínimo de Estados-Membros de que aqueles devem provir, são estabelecidas por lei europeia.” Disponível em: <<http://europa.eu.int/eur-lex/lex/pt/treaties/index.htm>>. Acesso em: 05 nov. 2015.

destinatários da regulação). Cabral de Moncada³⁷⁶, ao tratar do direito de participação, tece considerações sobre o princípio do *hard look*, como sendo a obrigação de decidir de acordo com o *input* fornecido, constante do Record apontado pelo regulador, diminuindo a autonomia da Administração. Além de garantir a observância do princípio democrático, notadamente na sua vertente material, de maneira a possibilitar que os agentes regulados, os usuários e a população em geral possam contribuir para a formatação dos serviços públicos e das decisões regulatórias³⁷⁷, a participação tem um objetivo maior, de levar à autoridade administrativa o conjunto de questões que devem ser examinadas, valoradas e decididas³⁷⁸. Nesse sentido, Egon Bockmann Moreira³⁷⁹

³⁷⁶ Acerca do princípio do “hard look” Moncada disserta: “Este princípio, de criação jurisprudencial, aplica-se ao procedimento regulamentar informal e o seu alcance prático tem sido o de potenciar a sua transformação num procedimento formal ou quase-formal, pois que o controlo judicial só é viável se os dados, cuja relevância na decisão normativa final se pretende assegurar, constarem do ‘dossier’ administrativo, ‘on the record’ portanto. Seu pressuposto é o prévio dever administrativo de elaboração de um ‘record’ tendencialmente exaustivo e completo, para além dos casos em que a lei expressamente o prevê, assim se convertendo o procedimento informal ou seja, o ‘notice-and-comment rulemaking’ num procedimento formal ‘on the record’, possibilitando este um amplo controlo judicial. A aplicação do princípio do ‘hard look’ alterou substancialmente os termos reais do procedimento informal e demonstra o empenho dos juízes no reforço dos mecanismos da democracia directa, em prol da melhoria da qualidade das normas, do acréscimo da sua legitimação e da criação das condições óptimas para a respectiva aplicabilidade e aceitação, de algum modo reconciliando a burocracia com os cidadãos. O princípio em causa tem-se revelado um poderoso meio de limitação da liberdade discricionária e interpretativa de que a lei dota as ‘agencies’. A obrigação de decidir de acordo com o ‘input’ fornecido, o constante ‘record’, diminui a legitimidade dos pontos de vista autónomos da Administração. A noção de interesse público aproxima-se assim de um somatório de interesses privados, que a Administração deve harmonizar, em vez de ser vista como um critério unilateral da Administração. Foi o desejo dos Tribunais de controlar as normas administrativas que levou a este resultado, tão de acordo aliás com as tradições jurídicas estadunidenses. A conformidade com o direito, ou seja, a ‘rule of law’ resulta aqui da obrigatoriedade do peso dos interesses privados, devidamente registrados e organizados, na decisão administrativa final, reduzindo ao mínimo a sua autonomia. Poderá pois dizer-se que a participação do público, tendo claras implicações processuais, tem-nas também substanciais, pois que o resultado material respectivo (o ‘record’) ao ser obrigatoriamente levado em conta, limita a margem de liberdade administrativa. Assim se sedimenta a ‘rule of law’”. (MONCADA, Luís S. Cabral de. *Estudos de Direito Público*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 127 a 134)

³⁷⁷ Jorge Sarmiento García ressalta a importância das audiências públicas na formatação das decisões regulatórias: “La audiencia pública – agrega – no es un mero acto procesal o una formalidad, sino la posibilidad de participación útil y efectiva de prestadores, usuarios y terceros en todo lo atinente al servicio, siendo el principal acto preparatorio de la voluntad (decisión) del ente regulador, un acto de consulta que implica objetivos de racionalidad y objetividad.” GARCÍA, Jorge Sarmiento. *Concesión de servicios públicos*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999. pp. 284-285.

³⁷⁸ Marcos Juruena Villela Souto, expressamente, vincula o procedimento regulatório ao devido processo legal: “O direito de participação é, assim, instrumento de atendimento dos princípios republicano, democrático, do devido processo legal, da eficiência, da legitimidade e da

leciona que “o princípio do contraditório não se trata apenas do direito à prova, mas é garantia de participação processual como pressuposto de validade de toda a atividade instrutória”.

Nesse sentido, a participação dos agentes afetados, ainda que reflexamente, pela regulação só reforça o argumento de que a edição de atos normativos pelo Poder Público se configura como uma relação administrativa multipolar³⁸⁰. De fato, a ablação de direitos não pode prescindir de um devido processo legal, máxime em face do disposto na Constituição de 1988. Sendo assim, nos parece necessária a releitura do disposto no art. 5º, inciso XXIV, da CRFB, cuja redação, repita-se, é seguinte: “a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos”.

O Decreto-lei nº 3.365/1941, certamente, não dá conta desse propósito. Nessa perspectiva, em razão do princípio da participação (também consagrado na Constituição de 1988), da abrangência atual do devido processo legal, da configuração de uma relação administrativa multilateral, propõe-se, *de lege ferenda*, o estabelecimento de um procedimento administrativo, em que os particulares que tenham a sua propriedade afetada pela regulação, possam se manifestar e receber, antecipadamente, a adequada compensação pela supressão de seu patrimônio. O referido procedimento teria natureza

publicidade. [...] Do princípio do devido processo legal, porque a decisão regulatória, ainda que de caráter normativo, implica em escolhas que restringem direitos, devendo ser assegurada a sua ampla defesa no procedimento de ponderação”. (SOUTO, Marcos Juruena Villela. Audiência Pública e Regulação. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, n. 4, ano 1 Outubro / Dezembro 2003 Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12751>>. Acesso em: 15 dez. 2015.)

³⁷⁹ MOREIRA, Egon Bockmann Moreira. *Processo administrativo: princípios constitucionais e Lei nº 9. 784/1999*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 305.

³⁸⁰ Essa, aliás, é a própria do processo administrativo, como adverte Carlos Ari Sundfeld: “A grande idéia do processo é fazer com que haja participação, com que os que têm interesses direta ou indiretamente atingidos, dialoguem, aberta e integralmente. Mas é fundamental que também a autoridade que decide seja obrigada não só a ouvir, mas a dialogar. Dar oportunidade para manifestação real e igualitária exige esforço, tempo, e técnica. Mas isto seria absolutamente inócuo, se aquele que ouve pudesse decidir, em seguida, sem dialogar. Então, o que há de fundamental no processo é obrigar quem decide a dialogar com as partes. Não para saber se elas estão de acordo com a decisão. É um diálogo com os argumentos. Por isso que, ao decidir, o juiz precisa motivar sua sentença”. (SUNDFELD, Carlos Ari. *Processo administrativo: um diálogo necessário entre Estado e cidadão*. A&C - *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, n. 23, ano 6 Janeiro / Março 2006 Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=34582>>. Acesso em: 15 dez. 2015).

jurídica de um chamamento público, por nós denominado de “Chamamento Público Expropriatório”, por meio do qual os particulares seriam convocados para demonstrar que a proposta de normativo que traz prejuízos anormais, causando-lhe um sacrifício de direito não extensível ao restante da sociedade.

Este procedimento não poderá ser banalizado, sob pena de provocar o engessamento da atividade normativa. Ele terá de ser disciplinado, por cada entidade, de acordo com as suas especificidades, de modo a que seja exigida a efetiva comprovação do prejuízo suportado individualmente pelo particular (por meio de demonstrações contábeis, balanços patrimoniais, estudos de mercado, etc.)³⁸¹. Mas fato é que a composição, *ex ante*, dos prejuízos suportados pelos particulares se mostra mais econômica para o Poder Público do que uma contenda judicial como dá conta os resultados dos processos de desapropriação, ou dos valores que vem sido pagos, a título de indenização. Nada obstante, entende-se que essa procedimentalização ostente uma natureza tradicional. Na verdade, por se tratar de uma falha da regulação *provocada pela não realização de um procedimento avaliador de seus efeitos sistêmicos*, esse procedimento deverá ter lugar no âmbito de uma avaliação da qualidade da regulação, como será discorrido no próximo item.

5.4 A Análise do Impacto Regulatório como forma de apuração dos prejuízos dos agentes regulados

A Análise de Impacto Regulatório (AIR), segundo Lucia Helena Salgado e Michelle Moretzsonh Holperin³⁸², se constitui “como um procedimento de

³⁸¹ Egon Bockmann Moreira, contudo, ao analisar os dados de participação na produção normativa da Anatel, pondera que: “Os dados obtidos por amostragem nas agências brasileiras são representativos de um fenômeno mundial: o custo da regulação e a respectiva participação. A procedimentalização das decisões normativas confere transparência à ação das agências, mas tem como resultado não uma participação popular legitimadora, mas a institucionalização da “teoria da captura” dos reguladores. Ou seja: quem participa ativamente da elaboração normativa de regulação econômica são as empresas dos respectivos setores, que aportam investimentos nessa atividade a fim de conquistar proveitos. As empresas têm um custo relativo à sua interação e ao convencimento dos reguladores, visando a que as normas a ser emanadas as beneficiem diretamente. É um custo despendido na obtenção da legislação (arcado posteriormente pelos usuários e consumidores)”. (MOREIRA, Egon Bockmann. Agências Reguladoras Independentes, Déficit Democrático e a “Elaboração Processual de Normas”. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, abr./jun. 2003. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12726>>. Acesso em: 15 dez. 2015.)

³⁸² SALGADO, Lucia Helena; HOLPERIN, Michelle Moretzsonh. *Análise de Impacto: Ferramenta e Processo de Aperfeiçoamento da Regulação*. p. 3. Disponível em:

racionalização dos processos decisórios, por meio do qual se informa os tomadores de decisão quanto à melhor maneira de se regular – e até mesmo se regular é a opção adequada –, de modo a atender aos objetivos estabelecidos nas políticas públicas”. Trata-se de procedimento de avaliação da qualidade de propostas regulatórias, no qual são apresentados, *ex ante* e mediante a utilização de dados empíricos³⁸³, os problemas a serem enfrentados pela futura regulação; as opções disponíveis à adoção de determinada medida regulatória; e as consequências da regulação³⁸⁴. Não se trata de instrumento que visa a substituir a decisão do regulador, mas de um procedimento que tem por objetivo informar o seu processo³⁸⁵.

Nessa qualidade, tal instrumento produz os seguintes efeitos positivos: (i) reduz o número de exigências regulatórias repetidas; (ii) gera previsibilidade das futuras regulações; e (iii) contribui para a avaliação da necessidade da própria intervenção regulatória³⁸⁶; daí poder-se afirmar que a AIR confere racionalidade ao processo de

<<http://www.agersa.es.gov.br/arquivos/relatorios/Analise%20do%20Impacto%20Regulatorio%20Ferramenta%20e%20Processo%20de%20Aperfeicoamento%20da%20Regulacao.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2014.

³⁸³ ALBUQUERQUE, Kélvia Frota de. *A Retomada da Reforma/Melhora Regulatória no Brasil: Um Passo Fundamental para o Crescimento Econômico Sustentado*, 2006. Disponível em: <http://www.seae.fazenda.gov.br/central-de-documentos/documentos-de-trabalho/documentos-de-trabalho-2006/DT_35.pdf>. Acesso em: 10/08/2014 . p. 25.

³⁸⁴ No mesmo sentido, confira-se Rafael Carvalho Rezende Oliveira: “A necessidade de implementação da governança regulatória no direito comparado, com a diminuição das assimetrias informacionais e racionalização da atividade estatal, abriu caminho para a institucionalização da chamada Análise de Impacto Regulatório (AIR). [...] A AIR representa um procedimento de auxílio na tomada de decisões regulatórias que expõe os riscos, os benefícios e as consequências das políticas regulatórias que podem ser adotadas para atendimento de interesses protegidos constitucionalmente”. (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Governança e Análise de Impacto Regulatório. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 36, pp. 173-203, out./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=75973>>. Acesso em: 01 jul. 2013)

³⁸⁵ ALBUQUERQUE, Kélvia Frota de. *A Retomada da Reforma/Melhora Regulatória no Brasil: Um Passo Fundamental para o Crescimento Econômico Sustentado*, 2006. Disponível em: <http://www.seae.fazenda.gov.br/central-de-documentos/documentos-de-trabalho/documentos-de-trabalho-2006/DT_35.pdf>. Acesso em: 10/08/2015. p. 26.

³⁸⁶ Segundo Alketa Peci, a Análise de Impacto Regulatório é amplamente adota em âmbito internacional, especialmente em países membros da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico. Percebe-se também que há uma tendência crescente da adoção da AIR por outros países ao redor do mundo. PECI, Alketa. *Avaliação do impacto regulatório, experiências internacionais e potencialidades de adoção em contextos nacionais: o caso brasileiro* XIV Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Salvador de Bahia, Brasil, 27 - 30 oct. 2009, p. 1.

tomada de decisão do regulador³⁸⁷. Com esse propósito, são analisados os custos e benefícios do exercício da regulação, por meio do preenchimento de um relatório analítico – na forma de uma lista de verificação (*checklist*) –, que visa a orientar o exercício da regulação³⁸⁸.

Três são os principais métodos por meio dos quais se realiza a Análise de Impacto Regulatório: a Análise de Custo-Benefício (ACB), a Análise Custo-Efetividade (ACE) e a Análise de Multicritérios (MCA).

A Análise de Custo-Benefício (ACB) é o método por meio do qual “o regulador deve levar em consideração todos os custos e os benefícios envolvidos na regulação por ele proposta, inclusive aqueles que não podem ser aferidos economicamente”.³⁸⁹ Por meio deste método, são avaliados os custos, diretos e indiretos, das propostas de regulação, tais como os custos de execução e de monitoramento de determinada regulação, além da aferição do fluxo de efeitos futuros trazidos para o valor presente de determinada proposta regulatória. Destarte, caso esses custos e benefícios sejam monetizáveis, o nível adequado de regulação será aquele em que o benefício gerado será superior ao custo de determinada regulação, gerando um *benefício líquido*.

O método da Análise Custo-Efetividade (ACE), por sua vez, “consiste em uma ferramenta que compara políticas, programas e projetos, a fim de identificar o mais

³⁸⁷ SALGADO, Lucia Helena; BORGES, Eduardo de Pinho Bizzo. *Análise de Impacto Regulatório: Uma Abordagem Exploratória*, 2010. Disponível em: <<http://www.agersa.es.gov.br/arquivos/relatorios/Analise%20de%20Impacto%20Regulatorio%20uma%20Abordagem%20Exploratoria.pdf>>. Acesso em: 10/08/2015

³⁸⁸ Já tivemos a oportunidade de conceituar esse instrumento, como: “Nesse passo, é possível, considerando o até aqui exposto, propor o seguinte conceito de AIR: trata-se de procedimento administrativo participativo — que será aberto às contribuições do setor regulado —, que, por meio de análises consequencialistas de dados empíricos — os quais serão utilizados para a aferição dos efeitos endógenos e exógenos de determinada regulação —, visa a conferir racionalidade aos “motivos” dos atos administrativos produzidos pelo regulador. Trata-se de procedimento administrativo, pois se configura como uma sucessão encadeada de atos — audiências públicas, consultas públicas e análises técnicas — para a obtenção de um ato administrativo; participativo, porque, para seu aperfeiçoamento, necessita da participação do setor regulado afetado pela proposta regulatória; consequencialista, porque impõe ao regulador a avaliação dos impactos econômicos e sociais de suas decisões; confere racionalidade aos “motivos” dos atos administrativos, porquanto confere substratos fáticos e jurídicos para edição do ato regulatório”. (FREITAS, Rafael Vêras de. A Análise de Impacto Regulatório (AIR) no setor de energia elétrica. *Revista Brasileira de Direito Público* – RBDP, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, p. 177-200, jul./set. 2014

³⁸⁹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Governança e Análise de Impacto Regulatório. *Revista de Direito Público de Economia* – RDPE, Belo Horizonte, ano 9, n. 36, pp. 173-203, out./dez. 2011.

adequado para alcançar um resultado pré-definido pelo menor custo”.³⁹⁰ Isto é, tal método “não se aplica para determinar quais metas devem ser atingidas, mas, uma vez determinadas, compara quais meios são menos custosos para atingi-las³⁹¹”. Ao contrário da ACB, na qual se discute, inclusive, quais os objetivos a serem atingidos, na ACE, já existe uma decisão prévia, legislativa ou administrativa, fixando um objetivo, restando à análise do melhor meio para atingi-lo. Em termos objetivos: enquanto a ACB ajuda a decidir “o que fazer”, a ACE ajuda a resolver “como fazer³⁹²”.

A Análise de Multicritérios (MCA) se configura como o método utilizado para orientar a decisão regulatória nos casos em que não se é possível mensurar os impactos da regulação. De acordo com o Floriano de Azevedo Marques Neto³⁹³, a análise de multicritérios desenvolve-se pela: (i) definição dos objetivos almejados com a regulação, ou seja, determinação das finalidades públicas específicas; (ii) determinação de todos os fatores indicativos de satisfação das finalidades.

Quanto à amplitude, a AIR pode ser *global* ou *parcial*. A primeira modalidade (global) está relacionada à mensuração de todos os impactos macroeconômicos e multisetoriais da regulação; a segunda (parcial) analisa os impactos da regulação para determinado setor da economia ou da sociedade.³⁹⁴ A justificativa da realização de análises parciais está no fato de que a regulação pode acarretar impactos desproporcionais em alguns grupos específicos da economia, o que pode justificar um procedimento de AIR segmentado³⁹⁵. Em alguns casos, a AIR parcial tem sido adotada

³⁹⁰ CELLINI, Stephanie Riegg; KEE, James Edwin. *Cost-Effectiveness and Cost-Benefit Analysis*. Disponível em: <<http://home.gwu.edu/~scellini/CelliniKee21.pdf>>. Acesso em: 16/06/2015.

³⁹¹ SALGADO, Lucia Helena; BORGES, Eduardo de Pinho Bizzo. *Análise de Impacto Regulatório: Uma Abordagem Exploratória*, 2010. Disponível em: <<http://www.agersa.es.gov.br/arquivos/relatorios/Analise%20de%20Impacto%20Regulatorio%20uma%20Abordagem%20Exploratoria.pdf>>. Acesso em: 14/07/2015, p. 15.

³⁹² OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Governança e Análise de Impacto Regulatório. *Revista de Direito Público de Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 36, p. 173-203, out./dez. 2011.

³⁹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Tratado de direito administrativo*. V. 4: funções administrativas do Estado/KLEIN, Aline; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 629.

³⁹⁴ É o que ocorre, por exemplo, na Finlândia, onde a divisão de competências estabelecida entre os Ministérios atribui a cada um a função de realizar uma AIR parcial referente à sua área de atuação. OCDE. *Determinants of Quality in Regulatory Impact Analysis*. Disponível em: <www.oecd.org/gov/regulatory-policy/42047618.pdf>. Acesso em: 17/08/2015.

³⁹⁵ BORGES, Eduardo Bizzo de Pinho. *Determinantes de Qualidade Regulatória: Principais Instrumentos e o caso brasileiro*. IV Prêmio SEAE, 2009. p. 32.

como uma ferramenta *adicional* a uma AIR mais ampla, principalmente nos casos em que os impactos sobre algum setor ou grupo necessitem de uma análise mais aprofundada³⁹⁶.

A AIR poderá ser processualizada, por meio da realização dos seguintes instrumentos de avaliação da qualidade regulatória: (i) *consultas públicas*; (ii) *análise da redução dos custos de compliance*; e (iii) *consideração de alternativas à regulação*³⁹⁷.

A *Consulta Pública* consiste em um mecanismo de participação formal dos agentes que podem ter os seus interesses afetados por determinada proposta de regulação. Trata-se de manifestação da *democracia material/participativa*, por meio da qual os agentes regulados fornecem um *feedback* acerca dos efeitos da regulação.³⁹⁸ Diferentemente da Audiência Pública, na qual a participação dos interessados ocorre oralmente, na Consulta Pública, o setor regulado se manifesta por meio de *peças formais*, que serão parte integrante de um processo administrativo.³⁹⁹ Claro que esse mecanismo só será efetivo, para fins de realização de uma AIR, se os agentes *regulados tiverem condições efetivas de influenciar*⁴⁰⁰⁻⁴⁰¹ na formação da decisão do regulador.

³⁹⁶ OCDE. *Determinants of Quality in Regulatory Impact Analysis*. Disponível em: <www.oecd.org/gov/regulatory-policy/42047618.pdf>. Acesso em: 17/08/2015.

³⁹⁷ Não se considera que a AIR seja um instrumento distinto dos citados nesse parágrafo, mas que ela pode se processualizar em diversas fases compostas pelos referidos instrumentos.

³⁹⁸ OCDE. *Cidadãos como Parceiros: Informação, Consulta e Participação Pública na formulação de Políticas*. Nota de Política, n.10. pp. 2, 2001.

³⁹⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 471. De acordo com o autor, essa característica diferencia a consulta pública da chamada audiência pública, em que a participação popular se dá fundamentalmente através de debates orais em sessão previamente designada para tal fim.

⁴⁰⁰ Para isso, também é importante que a participação ocorra em estágio apto a ainda interferir na formação do convencimento do regulador. Ocorre que, no Brasil, embora as consultas já sejam uma prática constante, estas têm sido realizadas no final da parte interna do procedimento administrativo, o que impede que o resultado destas efetivamente influencie a decisão do regulador que, devido ao estágio avançado do procedimento, já se encontra muito próximo de estar consolidada.

⁴⁰¹ É necessário, entretanto, alertar para o fato de que o excesso de consultas públicas tem gerado, em alguns países, o que vem sendo tratado nos textos de Direito Comparado como fadiga da consulta. De acordo com Malyshev, citado por Salgado e Borges, no Canadá e no Reino Unido, as amplas consultas realizadas resultaram uma fadiga por parte dos grupos de interesse que se sentiram sobrecarregados pelo extenso número de matérias sobre as quais têm de fornecer informações. Pode-se dizer que a participação dos interessados nesses locais ultrapassou o ponto de excelência, gerando um efeito inverso ao esperado, de desestímulo à participação e uma redução da qualidade das informações fornecidas. (SALGADO, Lucia

Dai porque a Consulta Pública deve ser modelada, de sorte a reduzir eventuais *assimetrias de informações* existentes entre regulador e regulado⁴⁰². Mais que isso. Ainda que a manifestação dos agentes regulados não vincule a decisão do regulador, este terá o dever de se manifestar acerca dos termos das contribuições dos administrados, sob pena de violação ao *devido procedimento legal* das Consultas Públicas. O art. 17, inciso II, do Decreto nº 8.243/2014 alude que as consultas públicas devem observar a “disponibilização prévia e em tempo hábil dos documentos que serão objeto da consulta em linguagem simples e objetiva, e dos estudos e do material técnico utilizado como fundamento para a proposta colocada em consulta pública e a análise de impacto regulatório, quando houver”.

Outro instrumento que pode integrar o procedimento de AIR é a *Análise da redução dos custos de compliance*. De acordo com a definição da OCDE, a expressão “custos de compliance está relacionado aos custos para atender às etapas burocráticas por parte das empresas⁴⁰³”. Esse instrumento de avaliação da qualidade regulatória se justifica, na medida em que, não raras vezes, o valor dos custos de *compliance* poderá

Helena; BORGES, Eduardo de Pinho Bizzo. *Análise de Impacto Regulatório: Uma Abordagem Exploratória*, 2010. Disponível em: <<http://www.agersa.es.gov.br/arquivos/relatorios/Analise%20de%20Impacto%20Regulatorio%20uma%20Abordagem%20Exploratoria.pdf>>. Acesso em: 19/08/2015. p.21). A causa pode ser explicada por meio da teoria econômica da utilidade marginal. A utilidade marginal refere-se à utilidade trazida por qualquer dose adicional de qualquer produto. A teoria pode, pois, ser explicada por um exemplo simples, imagine-se um viajante sedento que chega a uma paragem, o primeiro copo de água ou de qualquer outra bebida terá uma altíssima utilidade porque ele, supostamente, não tinha até então nenhum copo ou bebida à sua disposição. Após o primeiro copo, ele poderá tomar mais dois ou três e à medida que for ingerindo essas doses, muito embora a sua satisfação ou utilidade total vá subindo, o acréscimo de utilidade trazido pelas doses sucessivas (copos) será cada vez menor, até chegar a zero ou mesmo a um valor negativo. Nesse momento, não só não se obterá qualquer utilidade a cada nova dose, como cada dose acrescentada poderá, até mesmo se tornar um decréscimo, possuindo, pois, um valor negativo. (NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 34-35). Para evitar esse tipo de situação, é necessário que se reserve a utilização da consulta para os casos de regulamentações mais relevantes.

⁴⁰² Nesse sentido, já há precedentes judiciais determinando que a consulta pública não munida de todas as informações necessárias não é consulta pública. Vide: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. APELREEX n. 2001.71.01.001497-1/RS. Quarta Turma. 19 out. 2009. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. MAS n. 200034000254715. Sexta Turma. 04 jun. 2007.

⁴⁰³ BORGES, Eduardo Bizzo de Pinho. *Determinantes de Qualidade Regulatória: Principais Instrumentos e o caso brasileiro*. IV Prêmio SEAE, 2009. p. 8.

ser tão elevado que a melhor decisão – sob um viés de racionalidade – será a de não expedir determinada norma regulatória⁴⁰⁴.

Cite-se, por fim, o instrumento da *Consideração de alternativas à regulação*. Trata-se de instrumento de avaliação da qualidade da regulação que tem por objetivo privilegiar a adoção de outras medidas que possam cumprir, de forma mais eficaz, os objetivos políticos de uma regulação. Dito em outros termos, por meio desse instrumento, se analisam os modos de intervenção do Estado no Domínio Econômico que sejam mais eficazes à regulação (*hard regulation*), tais como adoção de políticas de fomento, a edição de regulações menos restritivas (*soft regulation*), a não atuação governamental, ou até mesmo, a indução à autorregulação.

Duas experiências acerca deste instituto nos parecem dignas de nota, em razão de sua relevância e do seu pioneirismo, a dos Estados Unidos e a do Reino Unido.

A primeira experiência com o instrumento da Análise de Impacto Regulatório se deu, nos Estados Unidos da América, em 1974, no auge de um processo inflacionário, causado, principalmente, pelo aumento do preço do petróleo no mundo. Tal instrumento foi institucionalizado, por meio do Decreto Executivo nº 11.821, do Presidente Gerald Ford, o qual estabelecia que as agências governamentais deveriam realizar uma avaliação do impacto inflacionário das novas regulações⁴⁰⁵.

Entretanto, conforme apontado por Lucia Helena Salgado e Eduardo Bizzo de Pinho Borges⁴⁰⁶, a sistematização de um processo de análise de custo-benefício⁴⁰⁷ da

⁴⁰⁴ SALGADO, Lucia Helena; HOLPERIN, Michelle Moretzsohn; BORGES, Eduardo Bizzo de Pinho. Qualidade Regulatória e Fortalecimento do Estado e das Instituições: O Papel da Análise de Impacto. In: IPEA. *Brasil em Desenvolvimento: Estado, Planejamento e Políticas Públicas*. Brasília : Ipea, 2010.

⁴⁰⁵ Não obstante isso, Claudio M. Radaelli e Fabrizio De Francesco apontam o fato de que o início da AIR só foi possível por meio da promulgação da Lei do Procedimento Administrativo de 1946, que contempla dispositivo legal que estabelece o processo de participação das partes afetadas e a obrigação de se apresentarem os motivos das propostas regulatórias, exigindo a documentação, fundamentação das decisões e a disponibilização desses documentos ao público. RADAELLI, Claudio M.; FRANCESCO, Fabrizio De. *Regulatory Impact Assessment, Political Control and the Regulatory State*. Disponível em: <<http://regulation.upf.edu/ecpr-07-papers/cradaelli.pdf>>. Acesso em: 19 maio 2014.

⁴⁰⁶ SALGADO, Lucia Helena; BORGES, Eduardo de Pinho Bizzo. *Análise de Impacto Regulatório: Uma Abordagem Exploratória*, 2010. Disponível em: <<http://www.agersa.es.gov.br/arquivos/relatorios/Analise%20de%20Impacto%20Regulatorio%20uma%20Abordagem%20Exploratoria.pdf>>. Acesso em: 16/09/2015, p. 20.

⁴⁰⁷ De acordo com a OCDE, na década de 80 dois ou três países se utilizavam da AIR, número que se elevou para quatorze no ano de 2000. Atualmente, todos os países membros da OCDE adotam em suas rotinas alguma forma de AIR antes de finalizarem e implementarem novas medidas regulatórias. OCDE. *Building an institutional framework for regulatory impact*

regulação só veio a ocorrer, em 1981, com a edição do Decreto Executivo nº 12.291, do presidente Ronald Reagan. O primeiro aspecto digno de nota da utilização da AIR nos EUA é a sua *centralização* na Chefia do Poder Executivo. Naquele país, o procedimento de avaliação da qualidade da regulação expedida pelas agências federais é realizado em duas etapas⁴⁰⁸: (i) num primeiro momento, é realizada uma AIR no âmbito da própria agência reguladora setorial; (ii) posteriormente, em consonância com o disposto na *Executive Order* nº 12.866⁴⁰⁹ ocorre a supervisão desta AIR pelo o *Office of Information and Regulatory Affairs* (OIRA)⁴¹⁰. Na verdade, essa supervisão realizada pelo OIRA mais se assemelha a *uma revisão*, na medida em que determinada proposta de regulação

analysis. Version 1.1 Regulatory Policy Division Directorate for Public Governance and Territorial Development. Paris, 2008.

⁴⁰⁸ Comentando essa função de fiscalização política da AIR empregada nos EUA, Claudio Radaelli e Fabrizio de Francesco dizem que “[...] with these caveats in mind the first logic of RIA adoption is based on delegation. The main political dimension of RIA lies with the power relationship between the principal and the agent. Congress delegates broad regulatory power to agencies. Federal Executive agencies, however, are not insulated from presidential control exercised via the Office of Information and Regulatory Affairs (OIRA) within the Office of Management and Budget (OMB). Although we will return to this constitutional issue, doctrine and practice have recognized that the executive is a unitary entity, so there is a legitimate degree of control of rulemaking to be exercised by the President. A variant of this explanation is to regard RIA as an instrument pursues the regulatory paradigm of the President. Thus, one can argue that RIA is introduced to foster de-regulation and stop regulatory initiatives of zealous executive agencies. Centralized review of rulemaking can also trigger action, overcome the bureaucratic inertia of ‘ossified’ agencies, and shift policy towards a pro-regulatory stance, as shown by the Clinton and, perhaps, Obama administrations”. RADAELLI, Claudio; FRANCESCO, Fabrizio de. Regulatory Impact Assessment. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *The Oxford Handbook of Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 281. Esse controle político realizado pelo OMB, entretanto, não é isento de críticas. Conforme aduz Shapiro, “[...] it has been argued that the OMB cannot preserve rationality in the regulatory process by using CBA and the same time exercise a function of political control”. SHAPIRO, S. Unequal Partners: Cost-Benefit Analysis and the Executive Review of Regulation. *Environmental Law Reporter*, nº 7, pp. 1043-1044, 2005. Disponível em: <<http://policy.rutgers.edu/faculty/shapiro/elr%20article.pdf>>. Acesso em: 17/10/2015.

⁴⁰⁹ Confirma-se o teor do dispositivo: “The Office of Management and Budget. Coordinated review of agency rulemaking is necessary to ensure that regulations and guidance documents are consistent with applicable law, The President’s priorities, and the principles set forth in this Executive order, and that decisions made by one agency. The Office of Management and Budget (OMB) shall carry out that review function. Within OMB, the Office of information and Regulatory affairs (OIRA) is the repository of expertise concerning regulatory issues. Including methodologies and procedures that affect more than one agency, this Executive order, and the President’s regulatory policies. To the extent permitted by law. OMB Shall provide guidance to agencies and assist the President and regulatory policy advisors to the President in regulatory planning and shall be the entity that reviews individual regulations and guidance documents, as provided by this Executive order”.

⁴¹⁰ Trata-se de órgão vinculado à Presidência daquele país e que integra o Escritório de Gestão e Orçamento (*Office of Management and Budget* - OMB).

só será levada adiante, se for aprovada por este órgão; do contrário, retornará à agência responsável, para que seja revista e adequada às recomendações daquela entidade, sob pena de arquivamento.

O segundo aspecto característico da AIR naquele país está relacionado à existência de um sistema *dual de avaliação regulatória*, composto pelas seguintes fases: a primeira se caracteriza por uma *Avaliação Preliminar*, por meio da qual se identificam quais atos das agências reguladoras, dada a sua repercussão econômica – neste particular, de até US\$ 100 milhões por ano⁴¹¹ –, serão submetidos à AIR. Trata-se de uma espécie de “filtro” à maioria das propostas regulatórias. A segunda se caracteriza por uma *Avaliação Completa*, a qual só será realizada nas regulações que produzam impactos econômicos relevantes, adotando-se o método de Análise de Custo-benefício – ACB.

No Reino Unido, a implantação do instrumento da AIR – aqui considerada como uma reforma regulatória em sentido amplo – teve início, em 1985, com a publicação do denominado *Lifting the Burden*⁴¹², durante o período de reformas liberais levadas a efeito pela primeira-ministra, Margaret Thatcher. O referido documento tinha por objeto a instituição de um programa de remoção *de normas regulatórias desnecessárias*. A ideia desta reforma regulatória era a de diminuir os “custos regulatórios” suportados pelas pequenas empresas, principalmente os relacionados às exigências burocráticas para o exercício de suas atividades.

De acordo com o referido documento, a redução das regulações que instituem procedimentos burocráticos às empresas teria por consequências a geração de riqueza e a diminuição dos custos sociais suportados pelo Estado — tais como as concessões de pensões e a prestação dos serviços de saúde e de educação à população. Isto porque o excesso regulatório fomentaria que as empresas desviassem os seus recursos para atender exigências burocráticas do Estado. Numa segunda fase de revisão da qualidade da regulação, o Governo Britânico, ao invés de suprimir regulações desnecessárias, passou a instituir o denominado método do *Cost Assessment Compliance* (CCA), por

⁴¹¹ SALGADO, Lúcia Helena; HOLPERIN, Michelle Moretzsonh. *Análise de Impacto: Ferramenta e Processo de Aperfeiçoamento da Regulação*, p. 5. Disponível em: <<http://www.agersa.es.gov.br/arquivos/relatorios/Analise%20do%20Impacto%20Regulatorio%20Ferramenta%20e%20Processo%20de%20Aperfeicoamento%20da%20Regulacao.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2014.

⁴¹² Disponível em: <<http://hansard.millbanksystems.com/lords/1985/jul/16/lifting-the-burden-white-paper>>. Acesso em: 19/10/2015.

meio do qual seriam avaliados os denominados “custos de *compliance*”, isto é, os custos decorrentes do cumprimento das exigências impostas pela regulação.

Em 1997, com a ascensão do primeiro-ministro Tony Blair ao parlamento Inglês, o movimento pela “desregulamentação” fora substituído por um movimento de melhoria da qualidade regulatória (*better regulation*); a supressão de regulações dava lugar à análise de sua qualidade⁴¹³. No mesmo ano, o governo criou o *Better Regulation Task Force* (BRTF), programa de governo vinculado ao gabinete do primeiro-ministro, que tinha por fim, justamente, ampliar o processo de AIR naquele país⁴¹⁴.

Na atualidade, o procedimento de AIR no Reino Unido é realizado à semelhança do desenvolvido nos EUA. Num primeiro momento, a AIR é realizada pela agência setorial, sendo, posteriormente, encaminhada à supervisão do *Better Regulation Executive* (BRE). O BRE tem as seguintes funções: (i) emitir diretrizes para conduzir as avaliações de impacto; (ii) revisar as avaliações de impacto realizadas pelas agências; e (iii) emitir um relatório anual ao Parlamento sobre a AIR desenvolvida pelas agências⁴¹⁵.

Não obstante, ressalte-se que, diferentemente do que ocorre nos procedimentos de AIR nos EUA, o BRE não tem o poder de requisitar alterações nos procedimentos de AIR realizados pelos reguladores independentes, nem de reprová-los⁴¹⁶. Significa dizer

⁴¹³ SOUSA, Renan Martins de. *Análise de Impacto Regulatório: Evolução e o Cenário Internacional no Setor de Telecomunicações – A Experiência do Reino Unido*. Monografia apresentada ao Instituto Nacional de Telecomunicações como parte dos requisitos para obtenção do título de Especialista em Regulação de Telecomunicações. p. 37. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/analise-de-impacto-regulatorio-evolucao-e-o-cenario-internacional-no-setor-de-telecomunicacoes-a-experiencia-do-reino-unido.htm>> Acesso em: 15/10/2015.

⁴¹⁴ SOUSA, Renan Martins de. *Análise de Impacto Regulatório: Evolução e o Cenário Internacional no Setor de Telecomunicações – A Experiência do Reino Unido*. Monografia apresentada ao Instituto Nacional de Telecomunicações como parte dos requisitos para obtenção do título de Especialista em Regulação de Telecomunicações. p. 38. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/analise-de-impacto-regulatorio-evolucao-e-o-cenario-internacional-no-setor-de-telecomunicacoes-a-experiencia-do-reino-unido.htm>> Acesso em: 15/10/2015.

⁴¹⁵ Para mais detalhes sobre esses seis estágios vide SALGADO, Lúcia Helena; HOLPERIN, Michelle Moretzsonh. *Análise de Impacto: Ferramenta e Processo de Aperfeiçoamento da Regulação*. Disponível em: <<http://www.agersa.es.gov.br/arquivos/relatorios/Analise%20do%20Impacto%20Regulatorio%20Ferramenta%20e%20Processo%20de%20Aperfeiçoamento%20da%20Regulacao.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2014.

⁴¹⁶ Entretanto, em virtude de suas análises serem públicas, por meio de exposição das mesmas em sítio eletrônico na internet, e da alta credibilidade de que dispõem seus membros, este processo é o suficiente para evitar medidas arbitrárias por parte dos reguladores, uma vez que

que, no Reino Unido, não há uma relação de subordinação entre as agências setoriais e o órgão de supervisão da qualidade da regulação. Quanto às etapas deste procedimento, o Reino Unido, assim como os EUA, adota um regime *dual de avaliação regulatória*. Na primeira fase, *são selecionadas as propostas que serão submetidas à AIR*, considerando-se: (i) o incremento de custos desta regulação para os negócios; (ii) se os custos suportados pelo setor público superam 5 milhões de Euros; e (iii) se a regulação propiciará uma redistribuição de recursos⁴¹⁷. Na segunda fase, é realizada a AIR das normas selecionadas.

Veja-se que, na experiência de ambos os países os impactos da norma regulatória não só são procedimentalizados, como objeto de uma avaliação de uma autoridade regulatória superior. Em comum, esses procedimentos administrativos reconhecem que a regulação gera efeitos indesejáveis, e que, por isso, precisam ter seus objetivos antecipados e ponderados. Nesse sentido, a OCDE elaborou, em 1995, um guia de recomendação⁴¹⁸ para o exercício da análise de qualidade da regulação, que apresenta os seguintes questionamentos para o regulador (*checklist*) antes da edição de determinado ato regulatório: i) O problema que será regulado está definido claramente?; ii) A ação governamental é justificada?; iii) A regulação é a melhor forma de ação governamental?; iv) Existe base legal para a regulação?; v) Qual o nível apropriado de governo para esta ação?; vi) *Os benefícios da regulação justificam os custos?*; vii) *A distribuição dos efeitos na sociedade da regulação na sociedade é transparente?*; viii) A regulação é clara, consistente, compreensível e acessível aos usuários?; ix) *Todas as partes interessadas tiveram a oportunidade de apresentar suas sugestões/considerações?*; e x) Como a aplicação e o cumprimento da regulação serão obtidos?

Os itens vi, vii e ix acima referenciados se apresentam de especial relevo para os fins da presente dissertação. É que, em atendimento ao princípio da economicidade, os

umenta a transparência do processo e fornece às partes afetadas maior poder de reivindicação. (SALGADO, Lúcia Helena; HOLPERIN, Michelle Moretzsonh. *Análise de Impacto: Ferramenta e Processo de Aperfeiçoamento da Regulação*, p. 10. Disponível em: <<http://www.agersa.es.gov.br/arquivos/relatorios/Analise%20do%20Impacto%20Regulatorio%20Ferramenta%20e%20Processo%20de%20Aperfeicoamento%20da%20Regulacao.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2014.)

⁴¹⁷ Idem, p. 7.

⁴¹⁸ OCDE. *Building an institutional framework for regulatory impact analysis*. Version 1.1 Regulatory Policy Division Directorate for Public Governance and Territorial Development. Paris, 2008.

benefícios gerados por um normativo com efeitos expropriatórios terão de ser superiores aos custos que o Poder Público terá de suportar pela compensação que será paga ao particular individualmente afetado pela norma⁴¹⁹. Além disso, em virtude do dever de motivação e transparência, é imperioso que o regulador demonstre quais são os efeitos individualmente suportados pelo particular⁴²⁰. E, por fim, por se tratar de uma relação administrativa multipolar, é imperioso que este particular possa influenciar no processo normativo em que será afetado, de forma anormal. Daí porque nos parece lícito sustentar que os efeitos expropriatórios da regulação não só devem ser processualizados, mas incluídos como um dos matizes da avaliação da qualidade da regulação⁴²¹.

⁴¹⁹ Como bem observado por Daniel Pereira: “Desta feita, à implementação de toda manifestação regulatória haverá o ônus subjacente da demonstração de que a medida em questão é apta a alcançar o resultado pretendido, de que meio menos gravoso não havia, e que sua adoção trouxe mais vantagens do que desvantagens. A título de exemplo, podemos citar a aplicação do princípio da proporcionalidade a fim de identificar a variável – preço, entrada, qualidade e informação – a ser regulada em um dado mercado, na medida em que é de vital importância regular apenas a variável estritamente necessária, de modo a evitar que a medida gere ônus sociais indesejáveis. Assim é que o referido princípio funciona, em matéria de regulação, como parâmetro, uma vez que dirá o modo e a forma com que incidirá a regulação”. (PEREIRA, Daniel Silva. Novo Marco Regulatório Português, melhora regulatória e análise de impacto. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 13, n. 50, abr./jun. 2015. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=236532>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

⁴²⁰ Dever que se aplica aos atos normativos, como asseveram Carlos Ari Sundfeld e Jacinto Arruda: “Mas o princípio em tela também se aplica às decisões administrativas de caráter normativo. Isto é, também é necessário observar o devido processo legal quando se vai editar regulamentos, resoluções, circulares, portarias ou qualquer outra espécie de ato administrativo geral e abstrato, que afete direitos dos particulares. A afirmação acima é óbvia. Não seria sustentável defender que a Administração se sujeitasse ao princípio do devido processo legal apenas quando proferisse decisões individuais e concretas, estando imune à sua observância quando tomasse decisões de caráter geral (atos normativos). A diferença de tratamento não faria sentido, pois, tanto numa situação quanto na outra, direitos individuais podem ser afetados”. (SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacinto Arruda. O dever de motivação na edição de atos normativos pela Administração Pública. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, jul./set. 2011. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=74840>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

⁴²¹ Patricia Pessoa Valente aponta que a AIR é o instituto adequado para avaliar os impactos das restrições ao consumo de tabaco, indústria que, não raro, é alcançada por expropriações regulatórias: Com o uso sistemático da AI, as medidas ou conjunto de medidas a serem adotadas pelo Estado no tema do controle do tabaco tendem a ser, a cada ano, mais adequadas em termos econômicos e sociais. E, se não forem, é possível corrigi-las por meio do monitoramento, ou em decorrência do planejamento realizado a partir das informações e resultados obtidos durante a aplicação dessa ferramenta. Ainda que uma medida adotada como resultado de uma AI produza efeitos não desejados, resultantes da aplicação incorreta dessa ferramenta, é possível corrigi-los com o monitoramento. Caso não houvesse sido realizada a primeira avaliação, nem o monitoramento, as informações disponíveis ao Estado ainda seriam insuficientes, sem qualquer avanço em relação ao sistema utilizado atualmente. (VALENTE, Patricia Rodrigues Pessoa. A

A nossa proposta é, de *lege ferenda*, no sentido de que, antes da edição de um ato normativo, seja realizada uma chamada pública – o Chamamento Expropriatório –, para que os interessados, por meio de manifestações formais, comprovem os prejuízos, individuais e anormais que suportarão em razão da edição da proposta de normativo. Na hipótese de tais prejuízos serem comprovados, eles deveriam ser objeto de uma Análise de Custo-Benefício, de modo a que seja aferido se os benefícios gerados pela proposta normativa superam esse custo relativo ao direito de propriedade do particular. Em caso positivo, deverá o poder público compensar, *ex ante*, o particular pelo valor corresponde à supressão de sua propriedade (aqui, considerada com feixe de relações patrimoniais). Com isso, atender-se-ia a exigência da observância de um devido processo legal expropriatório determinado pelo art. 5º, incisos XXIV e LIV, evitando-se que o Poder Público seja demandado em uma ação por Responsabilidade Civil do Estado por Ato Lícito.

5.5 Conclusões parciais

O último capítulo da presente dissertação teve por objetivo apresentar uma proposta, de *lege ferenda*, de compatibilização da edição de atos normativos com efeitos expropriatórios com o ordenamento jurídico pátrio. A necessidade de sua compatibilização se deve ao fato de que essa espécie normativa não se configura, *per se*, como um ato ilícito, assim como não o é o procedimento de desapropriação, disciplinado pelo Decreto-lei nº 3.365/1941. Porém, a referida compatibilização predica, por se tratar de um sacrifício de direitos e em razão do disposto no art. 5º, incisos XXIV e LIV da Constituição de 1988, da observância de um rito procedimental.

Esse rito procedimental não nos parece que seja necessariamente uma ação expropriatória. Na prática forense, os resultados dessas demandas têm se mostrado antieconômicos para o próprio Poder Público, posto que os custos inerentes à máquina judiciária contribuem para o incremento dos valores das indenizações. Demais disso, os vetores da processualidade e do consenso impõem a tentativa de uma expropriação regulatória sem litígios, em sede administrativa. Dois fundamentos doutrinários justificam esse entendimento. O primeiro é a superação da figura do “ato administrativo autista”, como asseverado por Floriano de Azevedo Marques Neto, pela sua

análise de impacto como mecanismo de controle do tabaco. *Revista de Direito Público da Economia* - RDPE, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, out./dez. 2010. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=70712>>. Acesso em: 15 dez. 2015).

processualização e pela avaliação dos seus impactos prospectivos. O segundo é o fato de se tratar de uma relação administrativa multipolar, a qual pressupõe a interveniência de terceiros interessados na ação administrativa, ainda que não se trate de titular de direito subjetivos.

Todas essas considerações se mostram ainda mais relevantes no âmbito do devido processo legal. É que, na medida em que o exercício da função reguladora pressupõe a ponderação dos interesses setoriais envolvidos, para o fim de equilibrar subsistemas, o processo regulatório se apresenta como a sede para que os interesses dos agentes econômicos individualmente afetados pela regulação se manifestem. Além disso, é a própria Constituição que consagra o direito de participação dos administrados na atividade administrativa. Daí porque se defende o entendimento segundo o qual o devido processo legal expropriatório constitucional merece uma releitura, para o que se propõe algumas alterações, de *lege ferenda*, no Decreto-lei nº 3.365/1941, de sorte a que tal procedimento se compatibilize com o direito de participação.

Entretanto, entende-se que essa procedimentalização não ostenta uma natureza tradicional. Na verdade, por se tratar de uma falha da regulação *provocada pela não realização de um procedimento avaliador de seus efeitos sistêmicos*, esse procedimento terá lugar no âmbito de uma avaliação da qualidade da regulação. Dito em outros termos, o lócus adequado para que sejam aferidos os impactos da regulação sobre a propriedade privada é o instrumento da Análise do Impacto Regulatório – AIR. Isto porque, quando da realização dessa avaliação, deve o regulador mensurar, além de outras variáveis, se o custo das compensações dos prejuízos suportados individualmente pelos particulares justificam os benefícios da proposta de regulação normativa. Em caso positivo, deverá o poder público compensar, *ex ante*, o particular pelo valor corresponde à supressão de sua propriedade (aqui, considerada com feixe de relações patrimoniais). Com isso, atender-se-ia a exigência da observância de um devido processo legal expropriatório determinado pelo art. 5º, incisos XXIV e LIV, evitando-se que o Poder Público seja demandado em uma ação por Responsabilidade Civil do Estado por Ato Lícito.

Por fim, propõe-se que essa participação seja levada a efeito pelo aqui denominado o “Chamamento Expropriatório”, por meio do qual os particulares seriam convocados para demonstrar que a proposta de normativo viola o *princípio da lucratividade*, causando-lhe um sacrifício de direito não extensível ao restante da sociedade. No apêndice do presente trabalho, será apresentada uma proposta de

normativo que, alterando o Decreto-lei nº 3.365/1941, introduz as conclusões extraídas deste estudo.

CONCLUSÕES

Pretendeu-se, com a presente dissertação, investigar as consequências jurídicas do fenômeno das “expropriações normativas”, de acordo com o ordenamento jurídico pátrio, para, então, propor uma disciplina normativa que vise a disciplinar esse fenômeno. Essa proposta nos parece relevante, posto que esse fenômeno é assaz recorrente no Brasil, mas vem sendo tratado, casuisticamente, pela Administração Pública. Esperando ter atingido esse propósito, é possível sumariar, em proposições objetivas, as conclusões extraídas desse estudo:

- (i) O exercício do poder normativo pela Administração, malgrado a sua inegável utilidade para o atendimento de interesses públicos, pode violar a ordem jurídica. Essa violação terá lugar nas hipóteses em que o normativo subtrair, ou suprimir o direito de propriedade dos regulados, sem o estabelecimento de um devido processo legal;
- (ii) Essa espécie de normatização vem sendo objeto de diferentes disciplinas normativas, a depender da proteção conferida pelo ordenamento jurídico dos países ao direito de propriedade dos administrados. Nos Estados Unidos, o tema fora objeto de construção jurisprudencial, sob a denominação “*regulatory takings*”. Naquele país, a Suprema Corte vem estabelecendo alguns critérios para que se possa aferir a natureza expropriatória de uma regulação, a saber: (1) se dela decorre uma intervenção física permanente na propriedade dos particulares; (2) se ela resulta na alteração nas expectativas razoáveis do particular; e (3) se ela resulta num excesso que impede qualquer outro uso econômico do bem, ou que lhe retira suas principais características;
- (iii) Nos países europeus pesquisados, o tema vem sendo disciplinado como uma espécie de “expropriação legislativa”, a qual vem

recebendo tratamento de “Responsabilidade por Ato Legislativo”. Contudo, os referidos ordenamentos jurídicos, em regra, não estabelecem a garantia de um devido processo legal aos expropriados, limitando-se a garantir o pagamento de uma indenização. Na Alemanha, por exemplo, chega-se a admitir o estabelecimento de uma indenização na própria norma expropriatória;

- (iv) Nos países sul-americanos pesquisados, afora o Brasil, a situação é um tanto diversa. Embora o tema seja apreciado pelos tribunais locais como uma hipótese de “Responsabilidade por Ato Lícito”, as suas Constituições asseguram aos expropriados um *devido processo legal expropriatório*. Significa dizer que, nos países examinados, só será considerada constitucional a edição de atos regulatórios que tenham consequências expropriatórias, se: (1) for percorrido um devido processo legal, que permita que o expropriado influencie na forma como lhe será suprimido (ou restringido) o seu direito de propriedade; e (2) for fixada uma indenização, que componha os prejuízos por eles suportados;
- (v) O tema ainda não foi disciplinado pelo ordenamento jurídico pátrio. A doutrina pátria vem evoluindo, a passos largos, para o fim de estabelecer parâmetros que norteiem a intervenção (digo, atuação) do Estado do Domínio Econômico, mas os institutos de intervenção do Estado da propriedade (desapropriação, limitação administrativa, tombamento, desapropriação indireta, ocupação temporária, requisição administrativa) continuam sendo tratados pela doutrina pátria à luz de uma legislação editada, na sua maior parte, num período ditatorial, incompatível com as garantias trazidas pela Constituição de 1988;
- (vi) Daí a necessidade de se investigar as consequências jurídicas desse fenômeno à luz do ordenamento jurídico pátrio. Até mesmo porque, no âmbito da regulação, ela representaria uma contradição em termos. É que, ainda que a regulação veicule parte do poder extroverso estatal, isso não a legitima a suprimir direitos patrimoniais dos agentes regulados, sem a observância do devido processo legal expropriatório;

- (vii) Na verdade, nos parece que normativos com esse efeito não podem ser equiparados à função reguladora, pois que essa função pressupõe, justamente, a ponderação e a mediação dos interesses dos regulados, dentre os quais o da preservação de seu patrimônio. E mais, não seria lícito à regulação produzir externalidades negativas aos seus destinatários, falha de mercado que ela visa, justamente, a corrigir;
- (viii) Demais disso, essas expropriações normativas violam as garantias constitucionais ao direito de propriedade dos regulados. Isto porque, desde a Constituição do Império de 1824, as nossas Constituições – tanto as democráticas, quanto as ditatoriais – vêm conferindo proteções aos particulares em face do domínio eminente estatal. Essas proteções se materializam em duas garantias: uma procedimental e outra material. A primeira diz respeito à instauração de um devido processo legal, que permita que o expropriado se manifeste acerca dos termos em que a sua propriedade será suprimida; a segunda lhe garante a recomposição dos prejuízos que lhe forem impostos por essa expropriação *ex lege*;
- (ix) Ocorre que os institutos por meio dos quais o Estado intervém na propriedade privada não conta das funções normativas estatais. Eles foram disciplinados por legislações infraconstitucionais anteriores à Constituição de 1988, editadas em períodos ditatoriais. Nesse quadrante, devem ser reinterpretados à luz da virada Constitucional que obriga que o ordenamento infraconstitucional seja filtrado pelos princípios constitucionais, sob o influxo do que a doutrina denomina de *Neoconstitucionalismo*;
- (x) Sob essa perspectiva, não se pode conceber que o Estado, por meio de sua atividade normativa, suprima a propriedade privada, sem a observância do devido processo legal expropriatório exigido pela Constituição. Dois institutos poderiam materializar tal hipótese: as limitações administrativas e a desapropriação indireta, já que os demais, ou pressupõem a ocupação física da propriedade (v.g

desapropriação, requisição administrativa, ocupação temporária), ou tem um objeto específico (v.g tombamento), características que os apartam do exercício da função normativa com efeitos expropriatórios.

- (xi) Contudo, assim não nos parece. Entender que as limitações administrativas poderiam ser expropriatórias seria baralhar os institutos dos *condicionamentos de direitos* e dos *sacrifícios de direitos*. Isto porque as limitações administrativas se constituem como atos genéricos e abstratos, que não resultam na expropriação dos direitos de liberdade e de propriedade. Caso isso venha ocorrer, não se estará diante de uma limitação administrativa, mas de um *sacrifício de direito*, instituto que possui regime jurídico, material e procedimentalmente, diverso.
- (xii) Tampouco se poderia equiparar as expropriações normativas à desapropriação indireta. A uma, porque tal fato administrativo pressupõe o apossamento administrativo da propriedade e a sua posterior afetação a uma utilidade pública, o que o diferencia do fenômeno ora investigado, que não tem por consequência a transferência da propriedade. A duas, porque, no âmbito de um Estado de Direito, a desapropriação indireta se constitui como um inadmissível ato ilícito, ao passo que a regulação (ou a atividade normativa da Administração) decorre no exercício lícito de uma função estatal.
- (xiii) Diante disso, é possível concluir que a expropriação normativa não é regida por nenhum dos institutos por meio dos quais o Estado intervém na propriedade privada;
- (xiv) Trata-se de uma vicissitude que resultará na responsabilização civil do Estado pela atuação indireta do domínio econômico. Mais especificamente, em razão da prática de um ato lícito, que impõe um ônus anormal e desproporcional a um indivíduo ou grupo de agentes em relação ao restante da sociedade. Desse modo, caso o poder

público percorra o devido processo legal previsto na Constituição, esse procedimento será lícito, assim como o é o da desapropriação tradicional, disciplinada pelo Decreto-lei nº 3.365/1941, restando ao particular questionar, em sede administrativa ou judicial, o *quantum* de compensação. Por outro lado, se o poder público levar a efeito esta expropriação normativa, sem a observância desse procedimento, estará configurado um normativo inconstitucional, aplicando-se, na íntegra, o regime de responsabilização por ato lícito, previsto no art. 37, § 6º, da CRFB;

- (xv) Diante disso, defende-se que as expropriações normativas se configuram como uma “falha de produção da norma”. Isto porque casos há em que a normatização não atinge as suas finalidades, seja porque possui um vício intrínseco, seja porque não produziu os resultados desejados;
- (xvi) Nesse quadrante, propõe-se o seguinte conceito para o fenômeno investigado: *A expropriação normativa é a falha no processo de elaboração da norma, provocada pela não realização de um procedimento avaliador de seus efeitos sistêmicos, que impõe um sacrifício de direitos a particulares, por meio do estabelecimento de gravames anormais e especiais, sem a observância do devido processo legal expropriatório (previsto no art. 5º, inciso XXXIV, da CRFB), resultando na Responsabilização do Estado por Ato lícito, em razão da violação da equânime repartição de encargos sociais;*
- (xvii) Por fim, propôs-se a compatibilização desse fenômeno com o ordenamento jurídico pátrio. Essa compatibilização se justifica, na medida em que essa espécie normativa não se configura, *per se*, como um ato ilícito, assim como não o é o procedimento de desapropriação, disciplinado pelo Decreto-lei nº 3.365/1941. Porém, a referida compatibilização predica, por se tratar de um sacrifício de direitos e em razão do disposto no art. 5º, incisos XXIV e LIV da Constituição de 1988, da observância de um rito procedimental;

- (xviii) Nada obstante, entendeu-se que esse rito procedimental não predica do ajuizamento de uma ação expropriatória. Primeiro, porque os resultados dessas demandas têm se mostrado antieconômicos para o próprio Poder Público, posto que os custos inerentes à máquina judiciária contribuem para o incremento dos valores das indenizações; segundo, porque os vetores da processualidade e do consenso impõem a tentativa de uma expropriação regulatória sem litígios, em sede administrativa; diante disso, defendeu-se que o art. 184, § 3º, da CRFB, que exige o ajuizamento de uma ação expropriatória, teria sofrido uma mutação constitucional;
- (xix) Nesse quadrante, defendeu-se que, no âmbito da regulação, a sede para a apreciação do direito de propriedade do particular atingido é o devido processo legal regulatório, máxime porque o princípio da participação que lhe confere legitimidade. Destarte, é necessária a compatibilização do princípio da participação (previsto no art. 1º e no art. 37, § 6º, da CRFB) com o disposto no art. 5º, inciso XXIV, da CRFB;
- (xx) Nessa perspectiva, em razão do princípio da participação (também consagrado na Constituição de 1988), da abrangência atual do devido processo legal, da configuração de uma relação administrativa multilateral, propôs-se, *de lege ferenda*, o estabelecimento de um procedimento administrativo, em que os particulares que tenham a sua propriedade afetada pela regulação, possam se manifestar e receber, antecipadamente, a adequada compensação pela supressão de seu patrimônio. O referido procedimento teria natureza jurídica de um chamamento público, por nós denominado de “Chamamento Expropriatório”, por meio do qual os particulares seriam convocados para demonstrar que a proposta de normativo que provoca prejuízos anormais, causando-lhe um sacrifício de direto não extensível ao restante da sociedade.
- (xxi) Por se tratar de *uma falha da regulação, provocada pela não realização de um procedimento avaliador de seus efeitos sistêmicos*,

entende-se que a sede para corrigir essa vicissitude é a Análise do Impacto Regulatório – AIR;

- (xxii) A nossa proposta, *de lege ferenda*, é no sentido de que, antes da edição de um ato normativo, seja realizado um procedimento de chamamento público, para que os interessados, por meio de manifestações formais, comprovem os prejuízos, individuais e anormais, que suportarão em razão da edição da proposta de normativo;
- (xxiii) Na hipótese de tais prejuízos serem comprovados, eles deveriam ser objeto de uma Análise de Custo-Benefício, de modo a que seja aferido se os benefícios gerados pela proposta normativa superam esse custo relativo ao direito de propriedade do particular. Em caso positivo, deverá o poder público compensar, *ex ante*, o particular pelo valor correspondente à supressão de sua propriedade (aqui, considerada como o feixe de relações patrimoniais). Com isso, atender-se-ia a exigência da observância de um devido processo legal expropriatório previsto no art. 5º, incisos XXIV e LIV, evitando-se que o Poder Público seja demandado em uma ação por Responsabilidade Civil do Estado por Ato Lícito.

REFERÊNCIAS

ACOCELLA, Jessica. *Uma releitura da Desapropriação à Luz da Constituição de 1988 e suas Principais Repercussões sobre o Regime Jurídico Vigente*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Público) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

ALBUQUERQUE, Kélvia Frota de. *A Retomada da Reforma/Melhora Regulatória no Brasil: Um Passo Fundamental para o Crescimento Econômico Sustentado*, 2006. Disponível em: <http://www.seae.fazenda.gov.br/central-de-documentos/documentos-de-trabalho/documentos-de-trabalho-2006/DT_35.pdf>. Acesso em: 16/10/2015

ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. Trad. Buenaventura Pellisé Prats. Barcelona: Bosch, 1970.

ALFONSO, Luciano Parejo. Los Actos Administrativos Consensuales en el Derecho Español . *A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, n. 13, ano 3 Julho / Setembro 2003 Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12631>>. Acesso em: 15

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

_____. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. Análise de impacto regulatório - AIR. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, out./dez. 2010. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=70676>>. Acesso em: 15.

_____. *Análise de Impacto Regulatório: Instrumento de Uma Regulação Mais Eficiente e Menos Invasiva*. Revista Justiça e Cidadania, nº 129, Rio de Janeiro 2012. Disponível em: <<http://www.editorajc.com.br/2012/07/analise-de-impacto-regulatorio-instrumento-de-uma-regulacao-mais-eficiente-e-menos-invasiva-2/>> Acesso em: 13/08/2015.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

_____. Interpretação consequencialista e análise econômica do direito público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e economicidade. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. Limitações administrativas e sua excepcional indenizabilidade. *Fórum Administrativo* - FA, Belo Horizonte, n. 14, jan. 2014.

ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. O princípio da proporcionalidade no direito econômico. *Revista de Direito Administrativo* – RDA, Rio de Janeiro, n. 223, pp. 199-230, 2001.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [meta] teoria normativa da decisão judicial: caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de derecho público económico: modelo de estado, gestión pública, regulación económica*. Granada: Comares, 1999.

_____. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

BAGATIN, Andreia Cristina. *Captura das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *The Oxford Handbook of Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. Limitação e sacrifício de direitos – o conteúdo e as consequências dos atos de intervenção da Administração Pública sobre a propriedade privada. Disponível em:

<http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_limitadir.pdf>.

Acesso em: 29 ago. 2015.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Para uma teoria do ato administrativo unilateral. *Revista Trimestral de Direito Público* – RTDP, São Paulo, n. 56, p. 29-34, 2011.

_____. Tombamento e dever de indenizar. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 20, n. 81, p. 65-73, jan.-mar. 1987

BAPTISTA, Patrícia Ferreira Baptista. *Consensualidade e justo preço nas desapropriações: novos parâmetros à luz do direito administrativo contemporâneo*. No prelo. Texto gentilmente disponibilizado pela autora.

_____; RIBEIRO, Leonardo Coelho. Direito Administrativo Global: Uma Nova Ótica para a Regulação Financeira de Investimentos. In: RIBEIRO, Marilda Rosado. *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BARIFOUSE, Rafael. *Mais da metade das capitais brasileiras já têm projetos de lei contra o Uber*. BBC Brasil, São Paulo, 09 set. 2015. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/09/150908_uber_projetos_de_lei_rb>.

Acesso em: 04 nov. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras, constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 56, pp. 201-207, 2002.

_____. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. *Fórum Administrativo – Direito Público – Belo Horizonte*, ano 1, n. 6, ago. 2001.

_____. A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *Temas de Direito Constitucional*. T. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

_____. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>>. Acesso em: 05 jul. 2014.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula *et all* (Coords.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BECK, Leland E. Judicial Review & EO 12866 Regulatory Impact Analysis, on August 29th, 2012. Posted in Executive - OMB Review, Judicial Review & Remedies, Regulatory Flexibility & Small Business, Regulatory Process.

BETTER REGULATION TASK FORCE. *From design to delivery*. Reino Unido, 2005.

BEZNOS, Clovis. *Aspectos jurídicos da indenização na desapropriação*. Belo Horizonte, Fórum, 2010

BIELSA, Rafael. *Derecho administrativo*. T. IV. Buenos Aires: La Ley, 1965.

BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, n. 14, ano 4 Julho / Setembro 2006 Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=37252>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

_____. Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil. In: BINENBOJM, Gustavo (Coord.). *Agências Reguladoras e Democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Regulações expropriatórias*. Disponível em: <<http://www.editorajc.com.br/2010/04/regulacoes-expropriatorias/>>. Acesso em: 05 abr. 2015.

BOLONHA, Carlos; EISENBERG, José; RANGEL, Henrique. Problemas Institucionais no Constitucionalismo Contemporâneo. Direitos Fundamentais e Justiça. *Revista do Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Direito da PUC-RS*, Rio de Janeiro, ano 5, n. 17. pp. 288-309, out./dez. 2011. p. 297 Disponível em: <<http://www.dfj.inf.br/sumarios2.php>>. Acesso em: 05 jul. 2014.

BORGES, Alice Gonzales. Supremacia do Interesse Público: Desconstrução ou reconstrução? *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 15, jan./fev./mar. de 2007. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/material/fernanda_marinela/master_supremacia_interesse_publico_030807.pdf> Acesso em: 15/12/2015.

BORGES, Eduardo Bizzo de Pinho. *Determinantes de Qualidade Regulatória: Principais Instrumentos e o caso brasileiro*. IV Prêmio SEAE, 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag: 1220762 RJ 2009/0114595-4. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Data de Julgamento: 17 ago. 2010. T2 - Segunda Turma. DJe, 20 set. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP nº 571645/RS.Segunda Turma. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. DJ de 30/10/06.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 628806. Primeira Turma. Relator: Ministro Francisco Falcão. DJ, 21 fev. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI-MC: 534 DF. Tribunal Pleno. Relator: Celso De Mello. Data de Julgamento: 27 jun. 1991. DJ, 08 abr. 1994. PP-07239 Ement Vol-01739-02 PP-00210.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 210-AgR. Plenário. Relator: Min. Teori Zavascki. Julgamento em 06 jun. 2013. DJE, 21 jun. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 4335/AC. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julg.: 20 mar. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 113.587-7. Segunda Turma. Relator: Min. Carlos Velloso. DJU, 03 mar. 1992.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 422941/DF. Segunda Turma. Relator: Min. Carlos Velloso. Julg. 06 dez. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 75731 / PR – Paraná Recurso Extraordinário. Relator: Min. Aliomar Baleeiro. Primeira Turma. Julgamento: 15 maio 1973.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. AI: 20695864220138260000 SP 2069586-42.2013.8.26.0000. Relator: Paulo Alcides. Data de Julgamento: 20 mar. 2014. 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente. Data de Publicação: 25 mar. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. APC: 20120111988733 DF 0010512-02.2012.8.07.0018. Relator: Alfeu Machado. Data de Julgamento: 19 fev. 2014. 1ª Turma Cível. DJE, 24 fev. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento n. 2003.002.05310. Data de Julgamento: 04 mar. 2003.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. TJRJ, 1.ª Câ. Cível, Rel. Des. Carlos Raimundo Cardoso, Apelação n.º 7.495/99.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. II Grupo de Câmaras Cíveis. Embargos Infringentes na Apelação Cível nº 4.324/90. Relator: Des. Sérgio Cavalieri Filho.

BRASIL. Tribunal Federal da 1ª Região. Agravo Regimental nº0008940-57.1998.4.01.0000/DF. Terceira Seção. Data de julgamento: 29 set. 2004.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº 000222295.2004.4.03.6105/SP. Terceira Turma. Relator: Des. Federal Cecília Marcondes. eDJF3, p. 1039, 20 maio 2011.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. MAS n. 200034000254715. Sexta Turma. 04 jun. 2007.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. APELREEX n. 2001.71.01.001497-1/RS. Quarta Turma. 19 out. 2009.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. APELREEX: 3320 SC 2000.72.05.003320-2. Relator: Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. Data de Julgamento: 01 set. 2009. Terceira Turma. D.E., 10 set. 2009.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. O Estado na economia brasileira. Ensaio de Opinião. São Paulo, v. 4 n.2-2, pp. 16-23, 1977.

BRODBECK, Pedro. Esvaziadas, reguladoras não decolam. *Jornal Gazeta do Povo*, 16 mar. 2014, com base em Boletim estatístico produzido pelo Ministério do Planejamento, Agências e Sindicatos. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/economia/conteudo.phtml?id=1454512>>. Acesso em: 19 jul. 2014.

BUCHANAN, James M. Politics without romance: a sketch of positive public choice theory and its normative implications. In: BUCHANAN, James M.; TOLLINSON, Robert D. (Orgs.). *The theory of public choice*. V. II. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1984.

_____. *Toward a theory of the rent-seeking society*. Texas: University Press, 1985.

BYRNE, J. Peter. *Ten Arguments for the Abolition of the Regulatory Takings Doctrine*. Ecology L.Q., New York, 22, 1995. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/elq/vol22/iss1/2>>. Acesso em: 15/12/2015

CAMARGO, Margarida Lacombe. O pragmatismo no Supremo Tribunal Federal brasileiro. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CAMPOS, Humberto Alves de. Falhas de mercado e falhas de governo: uma revisão da literatura sobre regulação econômica. *Revista de Dir., Pol. Publ. e Mundial*, Brasília, v.5/n.2, pp. 341-370, 2008. Disponível em: <<http://www.olibat.com.br/documentos/prismas-regulacao-economica.pdf>>. Acesso em: 16 fev. 2015.

CANOTILHO. J.J Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed., Portugal: Almedina, 2008.

_____. Relações Jurídicas Poligonais, Ponderação Ecológica de Bens e Controlo Judicial Preventivo. *Revista de Urbanismo e do Meio Ambiente*, n. 1, pp. 55-66. Coimbra: Almedina, 1994.

CAPEZ, Fernando. *Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Agências Reguladoras e Poder Normativo. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - REDAE*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, fev./mar./abr. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 19 nov. 2015.

_____. *Manual de direito administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CASADO, José. Cofres abertos: Remuneração em ministério vai até R\$ 152 mil. Lula criou 18,3 mil cargos de confiança em oito anos; Dilma instituiu 16,3 mil em quatro. *Jornal O Globo*, 19 out. 2015. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/cofres-abertos-remuneracao-em-ministerio-vai-ate-152-mil-17811868#ixzz3p8iDkU9F>>. Acesso em: 14/09/2015

CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo II*. 6. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade civil do Estado*. T. II. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956.

CAVALCANTI, Temístocles Brandão. *Tratado de Direito Administrativo*. V. I. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940.

_____. *Tratado de Direito Administrativo*. V. III. 3. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1956.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade Civil*. São Paulo: Malheiros, 2006.

CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos substitutivos nas sanções regulatórias. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, abr./jun. 2011.

CELLINI, Stephanie Riegg; KEE, James Edwin. *Cost-Effectiveness and Cost-Benefit Analysis*. Disponível em: <<http://home.gwu.edu/~scellini/CelliniKee21.pdf>>. Acesso em: 16/06/2015.

CLAEYS, Eric R. Takings, Regulations, and Natural Property Rights. *Cornell Law Review*, v. 88, n. 6, 2003. Disponível em: <<http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2934&context=clr>> Acesso em: 17/08/2015.

COFEMER. *Beneficios del Programa de Mejora regulatória 2011-2012*. Disponível: <http://www.cofemer.gob.mx/varios/adjuntos/01.11.2012/BENEFICIOS_DEL_PROGRAMA_DE_MEJORA_REGULATORIA_2011-2012.pdf>. Acesso em: 28 set. 2015.

COMADIRA, Júlio Rodolfo. La responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*. Montevideo, ano II, pp. 5-

22, 2003. Disponível em: <<http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Comadira-La-responsabilidad-del-Estado-por-su-actividad-licita-o-legitima.pdf>>. Acesso em: 15/12/2015.

CORREIA, Fernando Alves. A indemnização pelo Sacrifício. *Revista de Direito Público e Regulação*, Coimbra, maio 2009.

_____. *Manual de Direito do Urbanismo*. V. I. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

COUTO, Almiro do. Responsabilidade do estado e problemas jurídicos resultantes do planeamento. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de Porto Alegre*, Porto Alegre, n. 57, p.123-132, 2003.

CRETELLA JUNIOR, José. *Tratado Geral de Desapropriação*. V. I. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

CUNHA, Marcio Felipe Lacombe da. Responsabilidade extracontratual do Estado e o exercício do poder de polícia administrativa. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 12, n. 141, p. 41-52, nov. 2012.

CYRINO, André Rodrigues. Regulações expropriatórias: apontamentos para uma teoria. *Revista de Direito Administrativo – RDA*. Rio de Janeiro, v. 267, pp. 199-235, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. (Coord.). *Tratado de direito administrativo*, V. 3: direito administrativo dos bens e restrições da propriedade privada/FERRAZ, Luciano; MARRARA, Thiago. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Tratado de direito administrativo*. V. 4: funções administrativas do Estado/KLEIN, Aline; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. (Org.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. Omissões na atividade regulatória do estado e responsabilidade civil das agências reguladoras. In: FREITAS, Juarez (organizador). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 254.

_____. *Supremacia do Interesse Público e Outros Temas Relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

DREZNER, D. W. *All Politics is Global: explaining international regulatory regimes*. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2007 *apud* RACHMAN, Nora Matilde. *Caminhos da Cooperação Regulatória no Mercado de Capitais*. 2013. Tese. (Doutorado em Relações Internacionais) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

DUGUIT, Leon. *Las transformaciones del derecho público*. 2. ed. Madrid: Anacleto. 2009.

_____. *Las transformaciones del derecho (público y privado)*. Trad. Adolfo G. Posada, Ramón Jaén e Carlos G. Posada. Buenos Aires: Heliasta S.R.L., 1975.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Freedoms Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

EISNER, Marc Allen; WORSHAM, Jeff; RINGQUIST, Evan J. *Contemporary regulatory policy*. Boulder, CO: Lynne Rienner Publishers, 2000.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. T. II. Madrid: Civitas, 1997.

_____; _____. *Curso de Derecho Administrativo*. Séptima edición. Madrid: Civitas ediciones, 2000.

ELY, John Hart. *Democracy and distrust. A theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

EPSTEIN, Richard A. Takings, Descent and Resurrection. Sup. CT. REV., 1, 1987.

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

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. Tahoe-Sierra Preservation Council, Inc. v. Tahoe Regional Planning Agency. 535 U.S. 302, 321-22 (2002).

FALDINI, Cristiana Corrêa Conde. Responsabilidade do Estado pela prática de atos lícitos. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 67/68, p.67-130, jan./dez. 2008.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Congelamento de preços tabelamentos oficiais (parecer)*. *Revista de Direito Público*, n. 91, pp. 21-37, 1989.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. *O Direito de propriedade e as limitações e as ingerências administrativas*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1980.

FIGUEIREDO, Felipe Guerra. *Nova Economia Institucional e o setor sucroenergético brasileiro: análise das medidas intervencionistas no setor sob a ótica da teoria da agência positiva*. 2013. Dissertação (Mestrado em Economia) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle de. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FISCHEL, William A. *Regulatory takings: law, economics, and politics*. Massachussts: Harvard University Press, 1995.

FONSECA, Eduardo G. Comportamento individual: Alternativas ao homem econômico. *Revista Novos Estudos*. São Paulo: CEBRAP, 1989.

FORTINI, Cristiana; PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho; CAMARÃO, Tatiana Martins da Costa. *Processo Administrativo: Comentários à Lei nº 9.784/1999*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FREITAS, Daniel Castanha de. A responsabilidade civil do Estado por atos lícitos como resposta à aplicação do princípio constitucional da supremacia do interesse público. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 13, n. 144, p. 13-26, fev. 2013.

FREITAS, Rafael Vêras de. A Análise de Impacto Regulatório (AIR) no setor de energia elétrica. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, pp. 177-200, jul./set. 2014.

_____. Um Brasil desregulado. Agências reguladoras viraram braços dos ministérios aos quais se encontram vinculadas. *Jornal O Globo*, 17 fev. 2014. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/opiniaio/um-brasil-desregulado-11612038>> Acesso em: 16/07/2015

GARCÍA, Jorge Sarmiento. *Concesión de servicios públicos*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999.

GELLHORN, Ernest e LEVIN, Ronald M. *Administrative Law and Process in a nutshell*. 3. ed. St. Paul/Minnesota: West Publishing, 1990. Capítulo IX, "Rules and Rulemaking".

GLENCER, Julia M.; BURCAT, Joel R. *The Law of Regulatory Takings*, 2002. Disponível em: <<http://klgates.com.br>> Acesso em: 16/07/2015.

GONÇALVES, Pedro Costa. Prejuízos provocados por medidas de regulamentação de trânsito. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, n. 32, out. e dez. 2010. No mesmo sentido, CORREIA. Fernando Alves. A indenização pelo sacrifício. *Revista de Direito Público da Regulação*, Belo Horizonte, n. 1, maio 2009.

GORDILLO, Agustín. 10ª ed., *del Tratado de derecho administrativo*. V. V. Buenos Aires: F.D.A, 2014.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2001.

GUERRA, Sérgio. *Controle Judicial dos Atos Regulatórios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. *Discrecionalidade, regulação e reflexividade - uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Procedimento e Função Regulatória de Serviços Públicos no Estado Pós-social. A&C - *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, n. 14, ano 3 Outubro / Dezembro 2003 Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12644>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. V. I . Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997.

HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

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

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Trad. João Paulo Monteiro e Beatriz Nizza Silva. Nova Cultural, Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf>. Acesso em: 05nov. 2015.

HOOD, Christopher C.; MARGETTS, Helen Z. *The Tools of Government in the Digital Age*. New York: Palgrave MacMillan, 2007.

JERVIS, Robert. *System Effects: Complexity in Political and Social Life*. Princeton: NJ Princeton University Press, 1997.

JÈZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. T. II. 6 v. Trad. Julio N. San Millan Almargo. Buenos Aires: Depalma, 1948.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

LAUBADÈRE, André de. *Direito público económico*. Coimbra: Almedina, 1985.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Trad. Júlio Fischer. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LOUIS, Henkin. Infallibility under Law: Constitutional Balancing. *Columbia Law Review*. New York: Columbia Law Review Associantivo. v. 78, n. 5, jun. 1978.

LOUREIRO, Gustavo Kaercher. “Monopólio” e “serviço público” nas Constituições brasileiras (1891-1934). *Revista de Direito Administrativo - RDA*, Rio de Janeiro, v. 256, pp. 47-93, jan./abr. 2011.

LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto; DIMOULIS, Dimitri. Efeito transcendente, mutação constitucional e reconfiguração do controle de constitucionalidade no Brasil. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC*, Belo Horizonte, ano 2, n. 5, p. 217-238, jan./mar. 2008.

LUSTOZA, Wladimir Cabral. Do registro da imissão de posse para regularização fundiária: a questão da desapropriação indireta. *Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM*, Belo Horizonte, ano 14, n. 50, out./dez. 2013.

MADEIRA, Jansen Amadeu do Carmo; MADEIRA, José Maria Pinheiro. Institutos afins a desapropriação (1ª parte). *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 8, n. 89, jul. 2008. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=54330>>. Acesso em: 23/07/2015

MANKIW, Gregory. *Introdução à economia*. São Paulo: Thompson Learning, 2007.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.) *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. A superação do ato administrativo autista. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coords.). *Os Caminhos do Ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Finalidades e fundamentos da moderna regulação econômica. *Fórum Administrativo - Direito Público - FA*, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, jun. 2009. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=57932>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

_____. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. *Revista de Direito Público da Economia – RDE*, Belo Horizonte, n.1, pp. 69-93, mar. 2013.

_____. Os serviços de interesse econômico geral e as recentes transformações dos serviços públicos. In: *Direito Público em Evolução: estudos em homenagem à professora Odete Medauar*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____. Reestruturação do Setor Postal Brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Público RTDP*, v. 19, p. 149-169, 1997.

_____; CYMBALISTA, Tatiana Matiello. Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 8, n. 31, out./dez. 2010; Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=70888>>. Acesso em: 11/09/2015.

MARQUES, Francisco Paes. *As relações jurídicas administrativas multipolares*. Portugal: Almedina, 2011.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Apontamentos sobre desapropriação no direito brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Público – RTDP*, São Paulo, n. 57, p. 87-110, 2012.

MAURER, Hartmut. *Derecho administrativo alemán*. Traducido del original alemán (allgemeines verwaltungsrecht, c. h. Beck, münchen, 2006, 16a. edición). México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2012.

_____. *Direito Administrativo Geral*. Tradução de Luís Afonso Heck. São Paulo: Manole, 2006.

MCKEAN, Roland N. The Unseen Hand in Government. *American Economic Review*, Local, Pittsburgh, n. 55, pp, 496-506, 1965.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. Poder de Polícia – origem, evolução, crítica à noção, caracterização. In: MEDAUAR, Odete; SHIRATO, Vitor Rhein (Coords.). *Poder de Polícia na Atualidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

MEDEIROS, Alice Bernardo Voronoff de. *Racionalidade e otimização regulatórias: um estudo a partir da teoria das falhas de regulação*. 2015. Dissertação (Pós-graduação em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2015. No prelo.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Estudos e pareceres de direito público*. V. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

MELO, Carolina Queiroz Pereira Dantas de. A regulação tarifária do setor elétrico e a autonomia da Agência Nacional de Energia Elétrica. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 12, n. 48, pp. 47–106, out./dez. 2014.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito constitucional econômico: a intervenção do estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

_____. Risco, miopia regulatória e super-regulação: lições não intuitivas de Santa Maria. *Gazeta do Povo*, 05 fev. 2013. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/opiniao>>. Acesso em: 16 fev. 2015.

MICHELMAN, Frank. Property, Utility, and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of 'Just Compensation' Law. *Harvard Law Review*, Boston, v. 80, 1967. p. 1214.

MONCADA, Luís S. Cabral de. *Estudos de Direito Público*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

MOÑOZ, Jaime Rodrigues – Arana. Sobre las transformaciones del derecho público de León Düguit. *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte: Fórum, ano 16, n. 84, pp.147-182, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. Da Ecologia à Eco-Ideologia. Da Prevenção à Precaução. *Revista de Direito da Associação de Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. Direito ambiental estadual. V. XXI. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. Novas Tendências da Democracia: Consenso e Direito Público na Virada do Século - o Caso Brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, n. 3, ano 1 Outubro / Dezembro 2003 Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12537>>. Acesso em: 15 dez. 2015

_____. Novos institutos consensuais da ação administrativa. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 231, pp. 129-156, jan./mar. 2003.

_____. O direito administrativo do século XXI: um instrumento de realização da democracia substantiva. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, jul./set. 2011. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=74838>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

_____. *Ordem econômica e desenvolvimento na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Associação Promotora de Estudos da Economia, 1989.

_____. Reflexões a propósito dos princípios da livre iniciativa e da função social. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*. Belo Horizonte, n. 16, ano 4, 9-26, out. / dez. 2006.

_____. Transadministrativo: uma apresentação. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 267, pp. 67-83, set./dez. 2014.

_____; CAGGIANO, Heloisa Conrado. O poder normativo das agências reguladoras na jurisprudência do STF: mutação constitucional do princípio da legalidade?. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, jul./set. 2013. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=97658>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009. p. 123

_____; FREITAS, Rafael Vêras. *A Nova Regulação Portuária*. Rio de Janeiro: Fórum, 2014.

MOREIRA, Egon Bockmann. Agências administrativas, contratos de serviços públicos e mutabilidade regulatória. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 7, n. 25, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=56979>>. Acesso em: 15/12/2015.

_____. Agências Reguladoras Independentes, Déficit Democrático e a "Elaboração Processual de Normas". *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 221-255, abr./jun. 2003.

_____. Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, out./dez. 2013. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=98978>>. Acesso em: 11 nov. 2015

_____. *Processo administrativo: princípios constitucionais e Lei nº 9. 784/1999*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____; GUIMARÃES, Bernardo Strobel. A Desapropriação no Estado Democrático de Direito. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coords.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MOREIRA, João Batista Gomes. Due Process of Law e Desapropriação Indireta. *Revista Interesse Público*, São Paulo, ano 1, n. 4, p 54-79, out./dez. 1999.

MOTTA, Fabrício. A Origem e a Significação do Ato Administrativo no Estado de Direito. *Fórum Administrativo - Direito Público - FA*, Belo Horizonte, ano 2, n. 12, fev. 2002. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=1363>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. A responsabilidade pela atividade lícita no direito brasileiro. *Revista Interesse Público - IP*, Belo Horizonte, ano 2, n. 12, fev. 2002. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=1363>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

MOURA, Emerson Affonso da Costa. Breves apontamentos da evolução da responsabilidade civil do Estado Legislador na França e no Brasil. *Fórum Administrativo - FA*, Belo Horizonte, ano 14, n. 159, p. 24-32, maio 2014.

MURATORIO, Jorge Ignacio. Factores de atribución en la responsabilidad del Estado por actividad lícita. In: obra colectiva *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001.

NERY, Ana Luiza de Andrade. *Compromisso de ajustamento de conduta*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NOLL, Roger. Economic Perspectives on the Politics of Regulation. In: SCHMALENSEE, Richard. *Handbook of Industrial Organization*. V. 2. Disponível em: <<http://econpapers.repec.org/bookchap/eeeindhes/2.htm>>. Acesso em: 21 out. 2015.

NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico*. São Paulo: RT, 1997.

NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OCDE. *Building an institutional framework for regulatory impact analysis*. Version 1.1 Regulatory Policy Division Directorate for Public Governance and Territorial Development. Paris, 2008.

_____. *Cidadãos como Parceiros: Informação, Consulta e Participação Pública na formulação de Políticas*. Nota de Política, n.10.

_____. *Determinants of Quality in Regulatory Impact Analysis*. Disponível em: <www.oecd.org/gov/regulatory-policy/42047618.pdf>. Acesso em: 10/07/2015

_____. Glossary of Statistical Terms. Disponível em: <<https://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=3254>>. Acesso em: 21 out. 2015.

_____. *Measuring Regulatory Quality*, 2008.

_____. *Working Party on Regulatory Management and Reform: Proceedings of an Expert Meeting in London, United Kingdom*, 2005.

_____. *Recommendation of The Council of The OECD on Improving the Quality of Government Regulation*, Paris, 1995.

_____. *Report on Regulatory Reform synthesis*, Paris, 1997.

O ESTADO DE SÃO PAULO. *Efeito Colateral da Regulação é o Avanço da Informalidade*. Jornal O Estado de São Paulo, 31 mar. 2013. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br>>. Acesso em: 09 set. 2015.

OLIVEIRA, Fernando Andrade de. Restrições ou limitações ao direito de propriedade. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, Rio de Janeiro, v. 141, p.. 15-30, jul./set. 1980.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Atividade administrativa de ordenação da propriedade privada e tombamento: Natureza jurídica e indenizabilidade. *Revista Trimestral de Direito Público – RTDP*, São Paulo, n. 55, p. 104-118, 2011.

OLIVEIRA, Josivaldo Félix de. *A Responsabilidade do Estado por ato lícito*. São Paulo: Habeas, 1998.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. Governança e Análise de Impacto Regulatório. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 36, pp. 173-203, out./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=75973>>. Acesso em: 01 jul. 2013.

ORBACH, Barak. What Is Government Failure. *Yale Journal on Regulation Online*, New Haven, n. 30, pp. 44-56, 2013. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2219709>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

ORTIZ, Gaspar Ariño. Sucessos e Fracassos da Regulação. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 3, ago.-set.-out. 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 16 ago. 2015.

OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma Supremacia do Interesse Público sobre o Privado no Direito Administrativo? *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 220, pp. 69-107, 2000.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015.

PASCUAL, Gabriel Doménech. Proibido regar: expropiación o delimitación de la propiedad no indemnizable. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Zaragoza, v. núms. 39-40, pp. 269-291, 2012.

PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. *Principios de derecho administrativo general*. 1. ed. V. II. Madrid: Editora Iustel, 2006.

PECI, Alketa. *Avaliação do impacto regulatório, experiências internacionais e potencialidades de adoção em contextos nacionais: o caso brasileiro*. Congresso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Salvador de Bahia, Brasil, 27 - 30 oct. 2009.

PEREIRA, Daniel Silva. Novo Marco Regulatório Portuário, melhora regulatória e análise de impacto. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 13, n. 50, p. 99-125, abr./jun. 2015.

PILAR AMENÁBAR, María del. *Responsabilidad extracontractual de la Administración Pública*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008.

PINDYK, Robert S.; RUBENFELD, Daniel L. *Microeconomia*. 5. ed. Trad. de Eleutério Prado. São Paulo: Pearson-Prentice Hall, 2002.

PINHEIRO, Luís Felipe Valerim. O devido Processo Legal e o Processo Administrativo. Fórum Administrativo - Direito Público - FA, Belo Horizonte, ano 2, n. 20, out. 2002. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=2583>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

PINTO JUNIOR, Mario Engler. Regulação econômica e empresas estatais. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, p. 131-148, jul./set. 2006. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=37257>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. A propriedade privada em área de proteção ambiental. In: FONSECA, Luis Manuel; ZOCKUN, Maurício (Coords.). *Intervenções do Estado*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo: teoria social e prática*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005.

POSNER, Richard A. *Overcoming law*. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

PRATES, Laura Spyer. Desapropriação indireta: direito e realidade. *Revista Brasileira de Direito Municipal - RBDM*, Belo Horizonte, ano 9, n. 29, pp. 39-48, jul./set. 2008.

PRZEWORSKI, Adam. Reforma do Estado, responsabilidade política e intervenção econômica. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 11, n. 32, 18-38, out. 1996.

RADAELLI, Claudio M.; FRANCESCO, Fabrizio De. *Regulatory Impact Assessment, Political Control and the Regulatory State*. Disponível em: <<http://regulation.upf.edu/ecpr-07-papers/cradaelli.pdf>>. Acesso em: 19 maio 2014.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Notas Introdutórias Sobre o Princípio da Livre Concorrência. *Revista do CADE*, Brasília, Brasília, n. 6, pp. 13-26, abr./jun. 2005.

_____. *Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

RIBEIRO, Leonardo Coelho. *O Direito Administrativo como caixa de ferramentas: a formulação e a avaliação da ação pública entre instrumentalismo, instituições e incentivos*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

_____. Presunções do ato administrativo, Capacidades Institucionais e Deferência Judicial *A Priori*: um Mesmo Rosto, Atrás de um Novo Véu? No Prelo

RODRIGO, Délia. *Regulatory Impact Analysis in OECD Countries Challenges for Developing Countries*: South Asian Third High level Investment Roundtable, 2005.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves. *Curso de Direito Civil*. V. n. 5. Bahia: Juspodivm, 2014.

SACRISTÁN, Estela B. Las expropiaciones de fuente regulatória (regulatory takings), perspectivas, em especial, en matéria de responsabilidade del estado por acto lícito. *Revista Derecho Administrativo*. Buenos Aires, pp. 67-90, enero-feverero, 2013.

SALGADO, Lucia Helena; BORGES, Eduardo de Pinho Bizzo. *Análise de Impacto Regulatório: Uma Abordagem Exploratória*, 2010. Disponível em: <<http://www.agersa.es.gov.br/arquivos/relatorios/Analise%20de%20Impacto%20Regulatorio%20uma%20Abordagem%20Exploratoria.pdf>>. Acesso em: 10/08/2015

_____; HOLPERIN, Michelle Moretzsonh. *Análise de Impacto: Ferramenta e Processo de Aperfeiçoamento da Regulação*, p. 3. Disponível em: <<http://www.agersa.es.gov.br/arquivos/relatorios/Analise%20do%20Impacto%20Regulatorio%20Ferramenta%20e%20Processo%20de%20Aperfeicoamento%20da%20Regulacao.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2014.

SALLES, José Carlos de Moraes. *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial. As Estruturas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SANTANA, Jair Eduardo; MELO, Verônica Vaz de. O Poder Judiciário frente à servidão administrativa e a hipótese de indenização integral por desapropriação indireta. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 11, n. 130, p. 46-49, dez. 2011.

SANTANIELLO, Giuseppe *apud* SÉ, João Bento. Desapropriações anômalas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, abr./jun., pp. 27-44, 1983.

SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SCAFF, Fernando Facury. *A responsabilidade civil do Estado intervencionista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SCHIRATO, Vitor Rhein. A deterioração do sistema regulatório brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, out./dez. 2013.

_____. Discrecionariade e poder sancionador: uma breve análise da proposta de regulamento da ANATEL. *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, intervalo de páginas, out./dez. 2008.

_____. *Livre Iniciativa nos Serviços Públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SÉ, João Bento. Desapropriações Anômalas. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 152, pp. 27-44, abr./jun. de 1983.

SHAPIRO, S. Unequal Partners: Cost-Benefit Analysis and the Executive Review of Regulation. *Environmental Law Reporter*, nº 7, pp. 1043-1044, 2005. Disponível em: <<http://policy.rutgers.edu/faculty/shapiro/elr%20article.pdf>>. Acesso em: 17/10/2015.

SHAVELL, Steven. Economic Analysis of Property Law. *Harvard Law and Economics Discussion Paper*, Boston, n. 399, 2002.

SHLEIFER, Andrei; VISHNY, Robert. Politicians and Firms. *Quarterly Journal of Economics*, nº 109, pp. 995-1025, 1994. Disponível em: <http://www.economics.harvard.edu/faculty/shleifer/files/Politicians_Firms.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2015).

SIDAK, J. Gregory; SPULBER, Daniel F. *Deregulatory takings and the regulatory contract: The competitive transformation of network industries in the United States*. Cambridge: United Kingdom, 2003.

SILVA, Almiro do Couto e. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço Público à Brasileira. *Revista da Procuradoria-Geral – Cadernos de Direito Público*, Porto Alegre, v. 27, n. 57, pp. 209-238, 2003.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*. Coimbra: Almedina, 1996.

SIMON, Herbert. *El comportamiento administrativo: estudio de los procesos decisorios en la organización administrativa*. Buenos Aires: Aguilar, 1988.

SMITH, Adam. *A riqueza das nações*. Traduzido por Edwin Cannan São Paulo: Nova Cultural, 1996. .

_____. *The wealth of nations*. London: The Electric Book, 1998.

SOUSA, Renan Martins de. *Análise de Impacto Regulatório: Evolução e o Cenário Internacional no Setor de Telecomunicações – A Experiência do Reino Unido*. Monografia apresentada ao Instituto Nacional de Telecomunicações como parte dos requisitos para obtenção do título de Especialista em Regulação de Telecomunicações. Disponível em: < <http://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/analise-de-impacto-regulatorio-evolucao-e-o-cenario-internacional-no-setor-de-telecomunicacoes-a-experiencia-do-reino-unido.htm>> Acesso em: 15/10/2015.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Audiência Pública e Regulação. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, n. 4, ano 1 Outubro / Dezembro 2003 Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12751>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

MOREIRA, Egon Bockmann Moreira. *Processo administrativo: princípios constitucionais e Lei nº 9. 784/1999*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Direito Administrativo Regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. *Direito Administrativo Regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SOUZA, Rodrigo Pagani de. Participação pública nos processos decisórios das agências reguladoras: reflexões sobre o Direito brasileiro a partir da experiência norte-americana. *Fórum Administrativo* - Direito Público - FA, Belo Horizonte, ano 2, n.16, jun. 2002. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=2010>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

STEDFAST, Susan M. *Regulatory Takings: A Historical Overview and Legal Analysis for Natural Resource Management*. Pinchot Institute for Conservation, April 1997.

STIGLER, George J. A Teoria da Regulação Econômica. In: MATTOS, Paulo *et al* (Coord.) *Regulação Econômica e Democracia*. São Paulo: Editora 34, 2004. pp. 23-48.

_____. The theory of economic regulation. *Beell Journal of Economics and Management Science*, v. 1, pp. 3-21, 1971.

_____. The theory of economic regulation. In: STIGLER, George J. (Orgs.). *The citizen and the State: essays on regulation*. Chicago; London: The University of Chicago Press, 1971.

_____. Can regulatory agencies protect the consumer? In: *The citizen and the State: essays on regulation*. Chicago; London: The University of Chicago Press, 1975.

STIGLITZ, Joseph E. Reforming the Global Economic Architecture: Lessons from Recent Crises. *The Journal of Finance*, New York, v. 54, n. 4, Papers and Proceedings, Fifty-Ninth Annual Meeting, American Finance Association, January 4-6, 1999 (Aug., 1999), pp. 1508-1521.

_____. Regulation and Failure. In: MOSS, David A.; CISTERNINO, John. *New Perspectives on Regulation*, 2009. Disponível em: <<http://www.tobinproject.org/books-papers/new-perspectives-regulation>>. Acesso em: 16 ago. 2015.

_____; WALSH, Carl E. *Introdução à microeconomia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. Direito Público e regulação no Brasil. In: GUERRA, Sérgio (Org.). *Regulação no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2014.

_____. Processo administrativo: um diálogo necessário entre Estado e cidadão. A&C - *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, n. 23, ano 6 Janeiro / Março 2006 Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=34582>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

_____; CÂMARA, Jacintho Arruda. O dever de motivação na edição de atos normativos pela Administração Pública. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, p. 55-73, jul./set. 2011.

_____; CÂMARA, Jacintho Arruda. Os helipontos e o direito de construir na vizinhança. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo*, Salvador, n. 16, 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-16-NOVEMBRO-2008-CARLOS%20ARI%20SUNDFELD.pdf> > . Acesso em: 20 dez. 2014.

_____; _____. SOUZA, Rodrigo Pagani de. Desapropriação em favor de particular: proibição, limites e possibilidades. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 85-106, jan./mar. 2012.

SUNSTEIN, Cass. *After Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State*. Massachusetts: Harvard University Press, 1993.

_____. *Laws of fear: beyond the precautionary principle*. New York: Cambridge University Press, 2005.

_____. *Nudge – Improving Decisions, about health, Wealth and Happiness*. New Haven: Yale University Press, 2008.

_____. *On the Costs and Benefits of Aggressive Judicial Review of Agency Action*, p. 535. Disponível em: <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3076&context=dlj>>. Acesso em: 10 set. 2015.

_____. *Risk and Reason Safety, Law and the Environment*. USA: Cambridge University Press, 2002.

_____; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper*, n. 156, 2002. Disponível em: http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1279&context=law_and_economics>. Acesso em: 12 jul. 2014.

SWETT, Rodrigo Delaveau. La regulación expropiatoria en la experiencia Norteamericana. *Revista Chilena de derecho*, Santiago, v. 33, n. 3, pp. 411- 438, 2006. Disponível em: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372006000300001&script=sci_arttext>. Acesso em: 04 abr. 2001.

TÁCITO, Caio. *O desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais*. Temas de Direito Público (Estudo e Pareceres). 1. V. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. O poder de polícia e seus limites. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 27, pp. 1-11, 1952.

TEPEDINO, Gustavo. *Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

TORRES, Silvia Faber. *O Princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TRADE, Carolina Araújo. Indenizabilidade das áreas de preservação permanente. *Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM*, Belo Horizonte, ano 10, n. 31, p. 27-49, jan./mar. 2009.

TÜRNER, Cláudia; PRADO, Mariana. A democracia e o seu impacto nas nomeações dos diretores das agências reguladoras e ministros do STF. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 250, pp. 27-54, jan./abr. 2009. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=98978>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

VALENTE, Patricia Rodrigues Pessoa. A análise de impacto como mecanismo de controle do tabaco. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, out./dez. 2010.

VÁZQUEZ, José Ramón Parada. *Derecho administrativo*. V. 1. Madrid: Marcial Pons, 1998.

VERMEULE, Adrian. *Judging Under Uncertainty: An Institutional Theory of Legal Interpretation*. London: Harvard University Press, 2006.

_____. Rationally Arbitrary Decisions (in Administrative Law). *Harvard Public Law Working Paper*, n. 13-24. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2239155>. Acesso em: 05 ago. 2014.

VISCUSI, W. Kip. *Economics of regulation and antitrust*. Massachusetts: Mit Press, 2005.

_____; HARRINGTON JR., Joseph E.; VERNON, John M. *Economics of regulation and antitrust*. 4th ed. Cambridge, Mass: MIT Press, 2005.

WILLEMANN, Flavio de Araújo de. *Responsabilidade Civil das Agências Reguladoras*. 2. ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2011.

WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STÖBER, Rolf. *Direito Administrativo*. V. I. Traduzido do original alemão por Antônio Francisco de Souza. [S. l.]: Fundação Calouste Gulbenkin, 2006.

WOLF JR., Charles. *Framework for Implementation Analysis*, 1978. Disponível em: <<http://www.rand.org/content/dam/rand/pubs/papers/2006/P6034.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

_____. *Markets or governments: choosing between imperfect alternatives*. Santa Mônica: The Rand Corporation, 1986.

ZANCANER, Weida. *Da responsabilidade extracontratual da Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

_____. Responsabilidade Extracontratual da Administração Pública. *Revista Trimestral do Tribunal de Contas de São Paulo*, São Paulo, v. 53, pp. 13-19, 1986.

ZAVASCKI, Teori, A Tutela da posse na Constituição e no projeto do novo Código Civil, in MARTINS-COSTA, Judith (coord.), *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ZIEGLER, Edward H. Partial Taking Claims, Ownership Rights in Land and Urban Planning Practice: The Emerging Dichotomy between Uncompensated Regulation and Compensable Benefit Extraction Under the Fifth Amendment Takings Clause. *Journal of Land, Resources & Environmental Law*, v. 22, n. 1, 2002.

APÊNDICE – ANTEPROJETO DE LEI

ANTEPROJETO DE LEI

LEI Nº [•], DE [•] DE [•] DE [•]

Altera o Decreto-lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, para o fim da modificação da redação da alínea p do art. 5º; e da inclusão do §1º ao art. 1º; do § 1º ao art. 2º; dos §§ 1º e 2º ao art. 8º e do art. 10-A.

A PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º - O art. 1º do Decreto-lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, fica acrescido de um § 1º, com a seguinte redação:

"§ 1º Para os fins da presente lei, também se considera como desapropriação a expedição de ato normativo, genérico e abstrato, que, sem a observância de um devido procedimento legal, suprima ou subtraia parcela significativa do patrimônio dos particulares."

Art. 2º - O art. 2º do Decreto-lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, fica acrescido de um § 4º, com a seguinte redação:

"§ 1º No caso da expropriação normativa prevista no § 1º do artigo anterior, prescindir-se da expedição de decreto de utilidade pública, mas, em qualquer caso, tal ato predicará da observância do procedimento disciplinado nesta lei".

Art. 3º - O art. 5º do Decreto-lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, passará a ter a seguinte redação:

“p) os demais casos previstos em lei, dentre os quais a expedição de normas que instituem sacrifícios de direitos em prol do atendimento de interesses transindividuais, a exemplo do meio ambiente, da ordem urbanística e da regulação econômica e social”.

Art. 4º - O art. 8º do Decreto-lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, fica acrescido dos §§1º e 2º, com as seguintes redações:

"§ 1º Caso se trate de proposta normativa, a avaliação da utilidade pública será realizada, previamente, no bojo de um procedimento administrativo de Análise de Impacto Regulatório, no qual serão aferidos os custos e benefícios da expedição da norma”.

"§ 2º No caso da expropriação normativa prevista no parágrafo anterior, a análise de custo-benefício pressupõe que seja aferido se os benefícios que serão gerados pela proposta de normativo superam o custo do pagamento das compensações pela expropriação do patrimônio privado”.

Art. 5º - As disposições preliminares do Decreto-lei nº 3.365/1941 passam a vigorar acrescida do art.10-A e parágrafos:

“Art.10-A - No caso de proposta normativa, a análise prévia do seu impacto se iniciará com a abertura de Chamamento Público, por meio da divulgação de instrumento convocatório, que tenha por objetivo a identificação de possíveis agentes afetados, de forma excepcional e anormal, pela sua expedição”.

§ 2º O instrumento convocatório de abertura Chamamento Público, com prazo de 30 (trinta) dias para identificar a existência de possíveis agentes afetados, de forma excepcional e anormal pela sua expedição, terá seu extrato publicado no Diário Oficial da União e na página eletrônica da entidade, contendo a exposição da Análise de Impacto Regulatório, em consonância com o disposto no Anexo I do Decreto nº 4.176/2002, ou com quaisquer atos normativos que venham a disciplinar a matéria.

§ 2º A pessoa física ou jurídica interessada em atender Chamamento Público, deve manifestar formalmente seu interesse, por meio de petição protocolizada na sede da entidade administrativa, com documentos que comprovem o prejuízo por ela suportado

individualmente, por meio, e em especial, de demonstrações contábeis, de balanços patrimoniais e de estudos de mercado.

§ 3º Instituído tal procedimento administrativo incidental, os autos serão encaminhados à autoridade técnica competente para decidir sobre a configuração de expropriação normativa, conforme estabelecido em regulamento próprio de cada entidade.

§ 4º A decisão proferida será fundamentada e motivada, reconhecendo ou não a expropriação normativa.

§ 5º Da decisão administrativa que não reconhecer a expropriação, caberá recurso, sem efeito suspensivo, no prazo de 15 (quinze) dias, que será dirigido ao órgão que proferiu a decisão, o qual, se não a reconsiderar no prazo de cinco dias, o encaminhará à autoridade superior, que terá 30 (trinta) dias para decidir.

§ 6º Caso seja reconhecida a expropriação normativa, o valor da compensação será utilizado, para fins da Análise de Custo-Benefício da proposta normativa.

§ 7º Na hipótese de a análise prevista no artigo anterior apresentar resultados líquidos positivos, antes da expedição do normativo, o agente será compensado monetariamente, em sede administrativa, pela expropriação de patrimônio, nos mesmos moldes disciplinados nesta lei, exceto no que se refere aos juros compensatórios.

§ 8º No caso de expedição de normativo que resulte na expropriação da propriedade privada, sem a observância o procedimento previsto nessa seção, o Estado responderá, independentemente de culpa, na forma do ordenamento jurídico em vigor.