

Compensação pela Restrição ao Direito de Propriedade – Uma Comparação do Instituto Jurídico entre Macau e Estados Unidos

Wang Lingguang*

I. Introdução

No dia 10 de Setembro de 2012, foi publicado um anúncio extraordinário de uma página inteira no Jornal “Ou Mun”, o diário de maior tiragem em Macau. Na mesma publicação, a “San Va Construções e Fomento Predial, Limitada” alegou que, depois de ocorrido o “caso da restrição em altura de construções adjacentes ao Farol da Guia”¹, ela dirigiu mais de vinte cartas ao Governo da Região Administrativa Especial de Macau (RAEM) com vista a solucionar os problemas subsequentes.

* Doutorado em direito, Centro para o Estudo de Direito de Macau subordinado ao Centro de Estudo de Direito Público da Universidade de Guangzhou,.

¹ O caso de restrição de altura de construções adjacentes ao *Farol da Guia*: Este é um monumento antigo e famoso de Macau, inscrito na “*Lista do Património Mundial*”, enquanto parte integrante do *Centro Histórico de Macau*. A concessão de autorizações pelo ex-Secretário para os Transportes e Obras Públicas, Ao Man Long, no seu mandato, para a construção de vários edifícios em locais próximos ao Farol cujas alturas previstas são superiores à do mesmo, originou insatisfações dos cidadãos de Macau. Em 6 de Dezembro de 2006, Ao Man Long foi detido como suspeito do crime de corrupção qualificado, facto que aceso ardente o debate do caso do Farol da Guia no âmbito da comunidade. Em 12 de Junho de 2007, o Governo da RAEM tomou uma decisão no sentido de reestabelecer o limite da altura dos edifícios adoptado antes da reunificação de Macau com a China que era de 90 metros de altitude. Porém, a população de Macau não estava satisfeita com esta solução. Assim, uma pessoa que assinou com a alcunha “um cidadão de Macau que ama este território” enviou uma correspondência à *Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO)*, no sentido de pedir intervenção da mesma no caso. Em 16 de Abril de 2008, sob pressão da UNESCO e do Governo Central, foi publicado o *Despacho do Chefe do Executivo n.º 83/2008*, que fixa as cotas altimétricas máximas permitidas para a construção de edifícios nas zonas de imediações das Farol da Guia. Assim, a cota altimétrica máxima do Lote n.º 134 é fixada em 52,5 metros, o que determinou a suspensão imediata das obras do respectivo edifício planeado com a cota de 126 metros. No entanto, o Governo da RAEM e o dono da obra ainda não chegaram a um acordo sobre a compensação devida às restrições impostas.

Mas não obteve nenhuma resposta por parte do mesmo Governo, o que demonstra a falta de disponibilidade para resolver os problemas. A Direcção dos Serviços de Solos, Obras Públicas e Transportes do Governo da Região administrativa Especial de Macau deu uma resposta muito breve no sentido de que foram realizadas várias reuniões no âmbito do grupo interdepartamental, para as quais foi convidado o proprietário para intervir no processo, no sentido de abordar e negociar sobre os respectivos assuntos. As duas partes trocaram diálogo através de meios de comunicação, apresentando os seus argumentos. Face a esta situação, os deputados apelaram às duas partes para resolver os problemas pela via judicial.² Neste caso, o que está em causa é o facto de o Governo restringir o direito de propriedade privada por interesse público e se averá lugar a compensação e o modo como pode fixar-se uma compensação.³ Nos Estados de direito maduros, a excessiva restrição ao direito de propriedade, tal como a sua expropriação, é considerada uma violação do direito de propriedade privada que deve ser compensada. Relativamente a esta questão, o direito dos Estados Unidos de América (EUA) e o alemão fornecem abastecem um excelente quadro institucional para nossa referência, enquanto no âmbito nacional também não faltam estudos feitos por constitucionalistas, civilistas e administrativistas sobre as questões congêneres do País, em conjugação com os institutos alemães de “para-expropriação” e “obrigações sociais do direito de propriedade” e com o instituto norte-americano “expropriação reguladora”. É de notar que, em Agosto de 2013, foram aprovadas pela Assembleia Legislativa da Região Administrativa Especial de Macau três leis de extraordinária relevância que regulam as respectivas matérias de modo relativamente sistemática, a saber: Lei do Planeamento Urbanístico, Lei de Salvaguarda do Património Cultural e a Lei de Terras. O presente artigo procede a uma apresentação interpretativa dos institutos em causa, abordando, através de uma comparação com o instituto de expropriação reguladora dos Estados Unidos, as questões de natureza

² “Deputado apela para submeter o caso do arranha-céu da Guia à jurisdição do Tribunal”, in *Jornal do Cidadão*, de 29 de Agosto 2012.

³ As figuras de compensação e indemnização são rigorosamente distintas no Continente Chinês e no Território de Taiwan: enquanto a primeira se refere a um acto administrativo legal, a última diz respeito a um acto administrativo ilegal. Nos instrumentos jurídicos de Macau, é adoptada indistintamente a noção de “indemnização” (ainda por cima, é adoptada na Lei de Salvaguarda do Património Cultural uma referência à *indemnização compensatória*). No presente artigo, distinguem-se a compensação da indemnização, quando não se citarem directamente as normas jurídicas do Território de Macau.

genérica em contexto institucional diferente, com o objectivo de fornecer um quadro de referência para a edificação do instituto.

II. Da servidão administrativa à compensação devida a restrição por utilidade pública – a evolução do ordenamento jurídico de Macau

O artigo 103.º da Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau (adiante designada abreviadamente por “Lei Básica”) prevê o direito à compensação em caso de expropriação da propriedade privada, mas não contempla o direito à compensação em virtude de restrição ao direito de propriedade, nem a sua forma de compensação. Na realidade, antes da reunificação de Macau com a Pátria, existia no direito de Macau, um regime de compensação relativo à constituição de servidão administrativa. Após a transição de soberania de Macau, este regime de servidão administrativa mantém-se em vigor e o disposto no artigo 103.º da Lei Básica tornou-se aplicável por analogia à compensação por restrições por utilidade pública nas matérias do planeamento urbanístico e na salvaguarda do património cultural.

1. O regime de servidão administrativa preexistente no ordenamento jurídico de Macau

No ordenamento jurídico de Macau antes da transição de soberania que herdou a matriz portuguesa, foi contemplado um regime de servidão administrativa semelhante ao regime de servidão administrativa (*servitude administratives*) consagrado no direito administrativo francês⁴, apresentando as seguintes características: primeira: falta de uniformidade no emprego do termo - enquanto é chamada “servidão pública” na Lei

⁴ A servidão administrativa pode ser tomada em sentido lato e em sentido estrito. Há servidão administrativa *stricto sensu* quando forem impostas obrigações especiais a propriedades imobiliárias adjacentes para a efectivação de interesses do domínio público através de um regulamento administrativo, enquanto a servidão administrativa *lato sensu* existe quando forem impostas obrigações especiais a proprietários de bens imóveis para a realização do interesse público (incluindo mas não se limitando a interesses do domínio público). Ver, Wang Mingyang, *Direito Administrativo Francês*, Editora da Universidade de Política e Direito da China, edição de 1988, pág. 330 e 331. Verifica-se que o regime de Macau corresponde mais ou menos à servidão administrativa em sentido lato.

n.º 6/86/M que estabelece um novo regime do domínio público hídrico do território de Macau e “servidão” na Lei n.º 12/92/M que aprova o Regime das Expropriações por Utilidade Pública, é conhecida por “servidão administrativa” na Lei n.º 14/2001 (Lei de Bases das Telecomunicações), para além das “servidão radioelétrica” (Decreto-Lei n.º 53/87/M), “servidão cartográfica” (Portaria n.º 226/92/M) e “servidões aeronáuticas” (Decreto-Lei n.º 52/94/M); segunda: o âmbito das interesses públicos em causa é abrangente, incluindo águas navegáveis, radiodifusão, exactidão cartográfica, segurança da navegação aérea, bem como demais finalidades de interesse público em termos gerais; terceira: as formas das restrições aos direitos de propriedade são diversificadas, incluindo essencialmente obrigações passivas de tolerância e padecimento; quarto: inexistência de um critério uniforme para determinar se há lugar ao direito à compensação e a forma de compensação (para mais pormenores, ver a Tabela I).

Tabela I – Normas relativas à servidão administrativa existentes no direito de Macau (elaborada pelo autor)

Designação do Diploma	Restrições e condições para a sua compensação	Vigência
Ano 1986 Lei n.º 6/86/M, que estabelece um novo regime do domínio público hídrico do território de Macau	As parcelas privadas estão sujeitas à servidão de uso público no interesse geral do acesso às águas, e de passagem ao longo das águas, de pesca, de navegação ou flutuação; não sendo permitida a execução de quaisquer obras, permanentes ou temporárias, sem licença dos serviços competentes; estando os proprietários das parcelas privadas sujeitos a todas as obrigações que a lei estabelece no que respeita à execução de obras hidráulicas, nomeadamente de correcção, regularização, conservação, desobstrução e limpeza; se da execução pelo Território de qualquer das obras acima referidas advierem prejuízos que excedam os encargos resultantes das obrigações legais dos proprietários, o Território indemnizá-los-á (artigo 10.º).	Caducada
Ano 1987 Decreto-Lei n.º 53/87/M, que constitui uma servidão radioelétrica	Na zona de desobstrução definida, é proibida a implantação ou manutenção de edifícios ou de outros obstáculos (art.º 4.º). Não foram estipuladas cláusulas relativas à compensação em concreto.	Em vigor

Designação do Diploma	Restrições e condições para a sua compensação	Vigência
Ano 1992 Portaria n.º 226/92/M, que defina os condicionalismos impostos pelas «servidões cartográficas»	Não podem ser por qualquer forma obstruídas as visibilidades dos vértices geodésicos Monte da Barra e Hotel Oriental, e de demais locais (art. 2.º). Não foram estipuladas cláusulas relativas à compensação em concreto.	Em vigor
Ano 1992 Lei n.º 12/92/M, de 17 de Agosto - Regime das Expropriações por Utilidade Pública	Podem constituir-se sobre imóveis as servidões necessárias à realização de fins de interesse público. As servidões fixadas directamente na lei não dão direito a indemnização, salvo se a própria lei fixar o contrário. As servidões constituídas por acto administrativo dão direito a indemnização quando envolverem diminuição efectiva do valor ou do rendimento dos prédios servientes (art. 10.º)	Em vigor
Ano 1994 Decreto-Lei n.º 52/94/M, que cria o regime legal das servidões aeronáuticas.	1. É proibida a execução nas zonas confinantes com o aeroporto, sem autorização da autoridade aeronáutica, as actividades e trabalhos seguintes: construções de qualquer natureza; alterações de qualquer forma, por meio de escavações ou aterros, do relevo e da configuração do solo; plantações de árvores e arbustos; instauração de depósitos de materiais explosivos ou perigosos; montagem de quaisquer dispositivos luminosos; levantamento de postes, linhas ou cabos aéreos de qualquer natureza; montagem de quaisquer dispositivos luminosos; montagem e funcionamento de aparelhagem eléctrica que não seja de uso exclusivamente doméstico; quaisquer outros trabalhos ou actividades que inequivocamente possam afectar a segurança da navegação aérea ou a eficiência das instalações de apoio à aviação civil (artigos 4.º e 5.º). 2. Os interessados têm direito a justa indemnização pela demolição ou alteração de construções ou obras ordenadas, indemnização que, na falta de acordo, será estabelecida por dois árbitros sendo um escolhido pelo lesado e outro pela AACM. (Artigo 10.º, número 2). 3. Poderá instalar balizas e sinais para ajudas visuais à navegação aérea, em vias de comunicação, obras de arte, terrenos e paredes ou telhados de construções,	Em vigor

Designação do Diploma	Restrições e condições para a sua compensação	Vigência
	ficando os respectivos proprietários ou possuidores com direito a serem indemnizados pelos prejuízos que daí lhes advierem, quando se tratar de bens do domínio privado (Artigo 14.º). 4. O pessoal da Autoridade de Aviação Civil de Macau (AACM) e da Sociedade do Aeroporto Internacional de Macau (CAM), em serviço, tem direito de acesso às instalações de apoio à aviação civil, pelos terrenos contíguos, ficando os respectivos proprietários ou possuidores obrigados a consentir que pelos mesmos terrenos sejam transportados os materiais e máquinas necessários à montagem e funcionamento das instalações, sem prejuízo do direito de serem indemnizados pelos danos que daí lhes advierem (Artigo 15.º, número 1).	
Lei n.º 14/2001 (Lei de Bases das Telecomunicações)	É permitida, nos termos da lei, a expropriação e a constituição de servidões administrativas indispensáveis à construção e protecção radioeléctrica das instalações necessárias à fiscalização da utilização do espectro radioeléctrico, bem como à instalação, protecção e conservação das infra-estruturas das redes públicas de telecomunicações (art. 10.º). Não foram estipuladas cláusulas relativas à compensação em concreto.	Em vigor

2. Evolução após 2013

Nas “Lei do Planeamento Urbanístico”, “Lei de Salvaguarda do Património Cultural” e “Lei de Terras”, todas aprovadas em 2013, não faltam disposições que regulam situações em que é restrito o direito de propriedade privado para a realização de fins de interesse público. Nos referidos diplomas legais, enquanto a “Lei do Planeamento Urbanístico” se refere às “restrições de utilidade pública” em paralelo com servidões administrativas, não existe uma designação uniformizada na “Lei de Salvaguarda do Património Cultural” e a “Lei de Terras” continua a adoptar a noção de servidão administrativa. Todas as citadas leis contêm normas compensatórias mais ou menos claras e explícitas relativas às respectivas restrições. Procede-se, de seguida, a uma abordagem nos aspectos de base legal, situações em que é devida uma compensação e forma de defesa de direito.

1) Base legal

O artigo 103.º da Lei Básica salvaguarda o direito do proprietário da propriedade privada, nomeadamente “o direito à sua compensação em caso de expropriação legal”, estipulando que “esta compensação deve corresponder ao valor real da propriedade no momento, deve ser livremente convertível e paga sem demora injustificada.” Numa interpretação declarativa, esta norma só regula as situações de expropriação. Relativamente à restrição ao direito de propriedade, a Lei Básica não estabeleceu nenhuma regra. No processo legiferante das três leis em 2013, a Assembleia Legislativa de Macau aplicou o artigo 103.º da Lei Básica por analogia aos actos do Executivo que restringem o direito de propriedade praticadas nas áreas do Planeamento Urbanístico, da Salvaguarda do Património Cultural e da Lei de Terras. A título exemplificativo, foi referido no parecer da Assembleia Legislativa de Macau relativo à proposta de lei intitulada Lei do Planeamento Urbanístico que “o regime do artigo 103.º da Lei Básica aplica-se à expropriação propriamente dita, mas terá que se aplicar também a outras situações materialmente equivalentes à expropriação, onde se restrinja ou esvazie um direito de propriedade”⁵

2) Situação em que é devida uma compensação

Em termos do direito comparado, nem todos os graus ou formas de restrições são compensados. Também não constitui excepção em Macau.

Nos termos da Lei do Planeamento Urbanístico, são essencialmente dois tipos de restrições ao direito de propriedade em que é devida uma compensação: em primeiro lugar, as medidas preventivas, ou seja “as medidas estabelecidas com a finalidade de evitar a alteração das condições de facto existentes numa área territorial que possa comprometer a elaboração ou alteração de um plano urbanístico” [conforme a alínea 9) do artigo 2.º], das quais fazem parte a suspensão temporária dos procedimentos de emissão das plantas de condições urbanísticas e do licenciamento de obras; a proibição, limitação das obras de construção civil, ampliação, modificação ou reconstrução de edificações, obras de demolição e trabalhos de remodelação de solos (número 2 do artigo 33.º); em último lugar,

⁵ Ver nota 87 do Parecer n.º 2/IV/2013 da Assembleia Legislativa de Macau, na pág. 47 (versão chinesa, pág. 68 da versão portuguesa).

as restrições colocadas à propriedade privada em virtude de execução inicial de um plano urbanístico.

A Lei de Salvaguarda do Património Cultural enumera as situações em que os interessados têm direito à compensação como segue: em primeiro lugar, os proprietários, quando da aplicação das medidas de salvaguarda do património cultural resulte uma proibição ou restrição grave à utilização do bem classificado ou uma restrição de outros direitos previstos na lei [alínea 3) do artigo 11.º]; em segundo lugar, os proprietários ou concessionários dos terrenos vedados à construção nas zonas de protecção e nas zonas de protecção provisórias (artigo 31.º); em terceiro lugar os interessados, pelo não prosseguimento das obras ou a alteração do projecto de obras já licenciadas (artigo 45.º); e, em quarto lugar, os prejuízos sofridos pela imediata suspensão de obras, quando forem encontrados quaisquer objectos ou vestígios arqueológicos, nomeadamente inscrições, moedas ou outros objectos de valor arqueológico, em virtude de escavações ou da realização de outros trabalhos (artigo 68.º).

A Lei de Terras distingue a constituição de servidão administrativa sobre terrenos concedidos, da constituição de servidão administrativa sobre terrenos a conceder. Ao primeiro caso aplicam-se, com as necessárias adaptações, a Lei n.º 12/92/M, de 17 de Agosto e o Decreto-Lei n.º 43/97/M, de 20 de Outubro. “... a constituição de servidões administrativas por fins de interesse público sobre imóveis dá direito a uma justa indemnização, nomeadamente quando envolverem uma diminuição efectiva do valor ou do rendimento dos prédios servientes. Será este regime, de resto, muito próximo, em termos materiais, que será alvo de uma aplicação, com as necessárias adaptações, à constituição de servidões administrativas sobre terrenos concedidos.”⁶ Relativamente a servidões administrativas sobre estes últimos terrenos, não há lugar a indemnização, deste que a sua existência seja devidamente considerada aquando da negociação das condições e prémio da concessão de terrenos, não existindo aqui um direito que seja alvo de uma privação.⁷

⁶ Ver Parecer n.º 3/IV/2013 da Assembleia Legislativa de Macau, pág. 87 (versão chinesa, para a versão portuguesa, ver a pág. 106).

⁷ Idem, pág. 88 (versão chinesa, para a versão portuguesa, ver a pág. 107).

3) Forma de compensação

A Lei do planeamento urbanístico estabelece no seu artigo 4.º o princípio de “atribuição de justas e contemporâneas indemnizações”. O legislador distingue também a compensação resultante do planeamento urbanístico do regime de responsabilidade civil extracontratual e regime de indemnização de expropriação por utilidade pública no âmbito de um acto legal de gestão de acordo com o direito público, considerando que “há uma regra própria” para a compensação pela restrição no âmbito do direito público, mas “na medida em que não exista um regime especial aplicável na proposta de lei para certas situações ou este regime especial seja parcialmente incompleto, terá que se fazer uso dos regimes gerais indemnizatórios que sejam concretamente aplicáveis”.⁸ A Lei de Terras, enquanto “um instrumento de concretização do plano urbanístico”, estabelece que à indemnização pela constituição de servidão administrativa se aplicam as leis que regulam a expropriação por utilidade pública.¹⁰

Relativamente ao procedimento de fixação do valor da compensação, as três leis prevêem soluções divergentes: a Lei do Planeamento Urbanístico e a Lei de Salvaguarda do Património Cultural consagram as formas de acordo e decisão judicial; a Lei de Terras prevê as formas de acordo, arbitragem e decisão judicial. Como a fixação do valor da compensação através de decisão judicial é regulada pelo Código do Processo Administrativo Contencioso, limitamos a nossa abordagem às formas de acordo e arbitragem.

Primeiro: acordo

Quer a Lei de Salvaguarda do Património Cultural, quer a Lei do Planeamento Urbanístico consagram a forma de acordo, respectivamente no número 1 do artigo 49.º e número 4 do artigo 54.º. Nos termos deste último, no que respeita, ainda à fixação do valor da indemnização por acordo entre a Administração e os interessados, ... deve ter-se “em consideração o valor proposto por uma Comissão de Avaliação”, que é composta pelos representantes da Direcção dos Serviços de Solos, Obras

⁸ Documento citado na nota 5, pág. 46 (versão chinesa, para a versão portuguesa, ver a pág. 67).

⁹ Alínea 7) do Artigo 2.º da Lei de terras.

¹⁰ Número 1 do Artigo 21.º da Lei de terras.

Públicas e Transportes e de outros serviços da Administração Pública. A Administração, "... deve ter como elemento ou valor de referência o montante proposto por esta Comissão de Avaliação ...," este valor de referência não é vinculativo para a Administração, que poderá fundamentadamente divergir do montante proposto se tal for considerado adequado à fixação do justo valor da indemnização a ser determinado por acordo com o interessado. O valor proposto pela Comissão de Avaliação visa dotar a Administração de um valor de referência que procure estimar o montante indemnizatório que se deva ter como base negocial para eventual acordo com os particulares lesados, considerando e avaliando tecnicamente os danos sofridos pelo interessado em cada caso concreto. Obviamente que assiste ao interessado o direito de recusar um acordo para a fixação do valor indemnizatório, se o valor proposto for demasiado baixo, e seguir para a via judicial, conforme resulta do regime da proposta de lei.¹¹

Segundo: arbitragem

A Lei do Planeamento Urbanístico estabelece no seu artigo 49.º, número um, que, quando requerida pelos interessados e aceite pelo Secretário que tutela a área da cultura, o valor da compensação pode ser fixada por arbitragem, à qual é aplicável o regime da arbitragem voluntária aprovado pelo Decreto-Lei n.º 29/96/M. Por força deste último, o regime de arbitragem voluntária pode ser aplicada aos contratos administrativos e às matérias de responsabilidade da Administração decorrentes de actos de gestão pública,¹² no entanto, a Lei do Planeamento Urbanístico e a Lei de Terras que foram simultaneamente aprovadas com a Lei de Salvaguarda do Património Cultural não prevêm a arbitragem como uma das formas para a fixação do valor de compensação.¹³ É de notar que o regime de

¹¹ Ver o documento citado na nota 5, pág. 59 (versão chinesa, para a versão portuguesa, ver a pág. 86).

¹² Conferir o Capítulo II (Arbitragem voluntária no domínio do contencioso) do referido Decreto-Lei, nomeadamente o seu artigo 39.º-A.

¹³ No Parecer n.º 2/IV/2013 não foi apresentada a razão pela qual não se adopta a forma de arbitragem para a fixação da compensação pela restrição por utilidade pública no âmbito do planeamento urbanístico; só se refere que: "esta opção de excluir a possibilidade do recurso à arbitragem foi mantida pelo Governo ao longo dos trabalhos legislativos desenvolvidos para a apreciação desta proposta de lei." Conferir o documento referido na nota 5, pág. 57 (versão chinesa, para a versão portuguesa, ver a pág. 84 e 85). No Parecer n.º 3/IV/2013 também não foi apresentada nenhuma justificação, mas não

arbitragem voluntária aprovado pelo Decreto-Lei n.º 29/96/M e o regime de arbitragem contemplado na expropriação por utilidade pública de Macau não são idênticos. Aquando da apreciação do projecto de lei, os elementos da respectiva comissão da Assembleia Legislativa não negaram a adopção do mecanismo de arbitragem para a fixação do valor de compensação, mas tiveram hesitações que se prendiam com a já reiterada crítica feita na Assembleia Legislativa à demora na actualização e revisão da disciplina jurídica da arbitragem, tratando-se de uma matéria a requerer urgente intervenção legislativa e o Executivo já se comprometeu com a sua revisão.¹⁴

III. Expropriação reguladora no direito dos Estados Unidos de América

Nos Estados Unidos de América (EUA), a excessiva restrição ao direito de propriedade privada por utilidade pública por parte do governo associada à respectiva compensação é conhecida por expropriação reguladora (*regulatory takings*).¹⁵ Esta noção foi formalmente apresentada pelo juiz conselheiro Oliver Wendell Holmes no caso *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*¹⁶. Na fundamentação da sentença, o juiz conselheiro afirmou que o gozo de certos valores está sujeito a uma limitação implícita (*implied limitation*), estando assim sujeito a regulamentação por parte do governo, no entanto, esta regulamentação tem um limite seu. Na ponderação deste limite, este está dependente do grau de diminuição do valor causado. Quando atingir um certo grau, é conferido um direito à compensação, com vista a garantir a constitucionalidade da lei em causa. Nas jurisprudências posteriores, o critério do julgamento do Supremo Tribunal

foi excluída a aplicabilidade da arbitragem voluntária. Ver documento citado na nota 6, pág. 191 (versão chinesa, para a versão portuguesa, ver a pág. 236).

¹⁴ Ver Parecer n.º 4/IV/2013 da Assembleia Legislativa de Macau, pág. 180 (versão chinesa, para a versão portuguesa, ver a pág. 160).

¹⁵ A tradução do termo “regulatory takings” (expropriação reguladora) para chinês é bem divergente: “管制徵收”, “管制類徵收”, “管制性類似徵收”, “管理性徵收”, “管制准徵收” e “法規徵收”. De entre estas traduções, é evidente que “法規徵收” (literalmente: expropriação mediante diploma legal) será má tradução. E, parece-nos que “管制” (literalmente: regular) pode melhor expressar a ideia do termo em inglês, assim é adoptada a tradução para o presente artigo “管制性徵收” (expropriação reguladora).

¹⁶ *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*, 260 U.S. 393 (1922).

de Justiça sofreu uma modificação sucessiva, com a integração de mais elementos a considerar. Até à sentença do caso *Lingle v. Chevron U.S.A. Inc.*¹⁷ de 2005, os critérios de decisão em vigor foram basicamente consolidados. A seguir, procedemos a uma análise segundo as perspectivas da base legal, dos critérios de apreciação e das garantias.

1. Base legal: da proibição da regulamentação ilícita à garantia da igualdade no suporte de encargos públicos

Relativamente à defesa do direito de propriedade, a Constituição dos EUA consagra as cláusulas do processo justo e da expropriação. A primeira refere-se ao 14.º Aditamento à Constituição dos EUA, ou seja, “nenhum Estado pode privar a vida, liberdade e propriedade de nenhuma pessoa, sem recorrer a processo justo”, enquanto a última refere-se ao 5.º Aditamento à Constituição que dispõe: “sem compensação equitativa, não há lugar à privação de propriedade do cidadão a título de utilidade pública”. O princípio de processo justo estabelecido de harmonia com a “cláusula de processo justo” é um princípio fundamental de acordo com o qual o Tribunal defende o direito cívico. Um dos princípios derivados – princípio do “processo justo material” – estabelece que cabe ao Tribunal examinar a legitimidade material dos actos legislativos e administrativos da Federação e dos Estados e se estes prejudicam os direitos fundamentais dos cidadãos. Assim, os actos reguladores praticados pelos Estados no sentido de restringir o direito de propriedade dos cidadãos só são legítimos quando reúnem os requisitos inerentes ao processo justo material. Há académicos que consideram que o processo justo material tem por fim restringir o poder policial (*police power*) de regulação sem compensação (*regulatory and noncompensable*), enquanto a cláusula de expropriação tem por finalidade condicionar os actos de expropriação (*eminent domain*) de natureza aquisitiva e compensatória compensável (*acquisitory and compensable*).¹⁸ Até à sentença de 1978 do caso *Penn Central Transportation Co. v. City of New York*¹⁹, o Supremo Tribunal de Justiça dos EUA invocou muitas vezes a cláusula do processo justo para condicionar

¹⁷ *Lingle v. Chevron U.S.A. Inc.*, 544 U.S. 528 (2005).

¹⁸ *Gideon Kanner, Kelo v. New London: Bad Law, Bad Policy, and Bad Judgment*, 38 URB. LAW. 211 (2006).

¹⁹ *Penn Central Transportation Co. v. City of New York*, 438 U.S. 104 (1978).

os actos de expropriação dos Estados, em vez da cláusula de expropriação. No caso *Penn Central Transportation Co. v. City of New York*, o Supremo Tribunal de Justiça invocou a jurisprudência do caso *B. & Q. Railroad Co. v. City of Chicago*²⁰ de 1897, considerando que a cláusula de expropriação é, pois, aplicável aos actos dos Estados.²¹

A sentença do caso *Lingle v. Chevron U.S.A. Inc.* cuja relatora foi a juíza conselheira Sandra Day O'Connor defende que a apreciação da expropriação reguladora tem duas finalidades: primeira, proibição de regulação ilícita, ou seja, julgar se os actos reguladores em vigor devem ser revogados em virtude de ultrapassar um os limites legais do poder policial; segunda, garantir a igualdade do suporte dos encargos públicos, ou seja, prevenir que o governo impõe a assunção por particulares de encargos que devam ser assumidas pelo público em geral. Assim, a primeira tem o sentido de apreciar a legalidade da regulação, tendo como fundamento no direito positivo a cláusula do processo justo, enquanto a última tem o sentido de apreciar a legitimidade dos meios reguladores, tendo como fundamento no direito positivo a cláusula de expropriação. A essência da expropriação reguladora deve centrar-se em garantir a igualdade no suporte dos encargos públicos e não na proibição da regulação ilícita. A sua razão de ser consiste no seguinte: o exercício do poder regulador por parte do Governo que em princípio não implica qualquer despesa, tende a alargar na medida do possível. Com vista a reduzir as suas despesas orçamentais, não faltam governos que recorrem a medidas restitivas a aproveitamento de terrenos, em vez da expropriação, para atingir os objectivos de defender os interesses públicos. Regulação essa que é muitas vezes legalizada em nome da defesa dos interesses públicos. Com a eventual obrigatoriedade de atribuição de uma compensação justa pela regulação do aproveitamento dos terrenos, os custos da mesma regulação persuadirão os Governos a ponderar, com maior prudência, o mérito da regulação relativa ao aproveitamento dos terrenos, suprimindo a preferência ao uso do poder desta regulação.²²

²⁰ *B. & Q. Railroad Co. v. City of Chicago*, 166 U.S. 226 (1897).

²¹ Alan T. Ackerman, *Incorporation of The Right to Just Compensation: The Fourteenth Amendment vs. The Takings Clause*: 1 Brigham-Kanner Prop.Rts.Conf.J.95,97(2012).

²² *Lingle v. Chevron U.S.A. Inc.*, 544 U.S. 528 (2005).

2. Critérios de apreciação: critério do aumento substancial dos interesses dos Estados e ponderação casuística

1) Aumento dos interesses materiais dos Estados no âmbito da cláusula do processo justo

No âmbito da cláusula do processo justo, a apreciação dos actos reguladores dos Estados é feita segundo o critério do aumento substancial dos interesses do Estado (*substantially advance legitimate state interests test*). De harmonia com este critério, é de apreciar em primeiro lugar se os actos reguladores têm um motivo suficiente e apropriado para a defesa dos interesses públicos, tomando em conta dois aspectos²³: em primeiro lugar, a legislação reguladora enquanto fundamento da regulação tem ou não tem por finalidade a realização do aumento dos interesses públicos, o que é pressuposto para apreciar a publicidade das próprias medidas reguladoras, e os fins de realização dos interesses públicos expostos na justificação do Parlamento e, dos Governos passando a ser um critério para determinar a existência ou não dos interesses públicos na apreciação judicial. Na apreciação da existência ou não dos fins de realização dos interesses públicos na legislação reguladora, o Tribunal em regra não é muito exigente. Na prática, o Tribunal respeita na maioria dos casos os fins dos interesses públicos reconhecidos pelos órgãos legislativos. Em segundo lugar, o relacionamento material da forma de regulação e as finalidades dos interesses públicos. Na prática, o Tribunal conhece a própria questão da legitimidade através da apreciação deste relacionamento no caso concreto. O Tribunal procede a uma ponderação fazendo juízo de modo rigoroso, de acordo com os elementos objectivos assentes nos factos e com uma lógica bem tecida, em vez de uma dedução subjectiva feita de harmonia com o texto da legislação. A apreciação judicial é feita, em regra, nas seguintes duas perspectivas: primeira, as medidas reguladoras possibilitam alcançar os objectivos de realização dos interesses públicos previstos na legislação. Assim, caso não seja possível atingir os mesmos alvos, as medidas são ilegais. Em segundo lugar, os Estados devem escolher um meio que minimize os prejuízos para os direitos e interesses dos cidadãos de entre os meios susceptíveis de alcançar os objectivos de realização dos interesses públicos previstos na legislação.²⁴

²³ *Agins v. City of Tiburon*, 447 U.S. 255 (1980).

²⁴ *Nollan v. California Coastal Commission*, 483 U.S. 825-837 (1987).

No caso *Lingle v. Chevron U.S.A. Inc.*, o tribunal local e o tribunal de segunda instância consideraram que se trata de expropriação reguladora de acordo com o critério do aumento substancial dos interesses dos Estados, uma vez que a regulação decretada pelo Governo não aumenta substancialmente os interesses legítimos do Estado. No entanto, o Supremo Tribunal de Justiça revogou as sentenças proferidas pelos tribunais local e de segunda instância com 9 votos a favor e 0 contra, alegando que o critério do aumento dos interesses do Estado aplicado pelos referidos Tribunais não é apropriado para a expropriação reguladora. Pelo contrário, o fundamento da decisão a tomar em consideração deve ser a jurisprudência estabelecida no caso *Penn Central Transportation Co. v. City of New York*; sendo assim, o processo deve ser devolvido para efeitos de nova apreciação.

2) Ponderação casuística no âmbito da cláusula de expropriação

O Supremo Tribunal de Justiça estabeleceu em 1978 o modelo de ponderação casuística na jurisprudência do caso *Penn Central Transportation Co. v. City of New York*²⁵. Na respectiva sentença, o juiz conselheiro William Joseph Brennan Jr. invocou em representação da maioria dos

²⁵ Este caso é algo semelhante ao caso da limitação em altura da zona contígua da Guia em Macau: foi aprovada no Município de Nova Iorque a Lei de Protecção de Marco Histórico, por força da qual é constituído um Conselho de Lei de Protecção de Marco Histórico com 11 elementos, responsável pela aplicação da mesma. Cabe essencialmente ao Conselho a identificação da construção ou do terreno com valor especial histórico, cultural ou estético. Caso o Conselho entenda que é necessário uma protecção especial, será identificado como marco histórico o respectivo imóvel, cujo proprietário estará sujeita a restrições de duas ordens: antes de mais, é obrigação do seu proprietário conservar bem a fachada do marco histórico, de modo a prevenir o seu restauro impossível; em segundo lugar, todos os requerimentos com vista a alterar as características do marco histórico ou a aperfeiçoar a fachada estão sujeitos à aprovação do Conselho. Depois de a Estação Central Classificada como marco histórico pelo Conselho, a pretensão do seu proprietário de edificação no respectivo terreno é indeferida pelo Conselho com o argumento de que o projecto estragaria a estética e o significado histórico. Face a isto, o proprietário instaurou um processo junto do Tribunal, argumentando que este acto restritivo constituiria uma expropriação reguladora, violando os 5.º e 14.º Aditamento à Constituição. Em resultado, o Supremo Tribunal de Justiça proferiu uma sentença com 6 votos a favor e 3 contra, decidindo que o acto restritivo foi considerado uma expropriação reguladora.

juízes a jurisprudência do caso *Armstrong v. United States*,²⁶ considerando que o 5.º Aditamento à Constituição tem por fim prevenir que o governo impõe a assunção por particulares de obrigações que devam ser assumidas pelo público, mas não contribui para desenvolver um formulário fixo (*set formula*) para a resolução das respectivas questões. Assim, relativamente à resolução das questões desta natureza, devem ter em conta os elementos obtidos através do inquérito dos factos (*ad hoc, factual inquiries*) tais como: o impacto económico para o autor (*the impact of the regulation on the claimant*), o grau de interferência para a expectativa do investimento expressa (*the extent to which the regulation has interfered with distinct investment-backed expectations*), bem com as características da regulação (*the character of the regulation*).²⁷ Nas jurisprudências posteriores, o modelo de ponderação casuística apresentado na jurisprudência deste caso foi repetidamente invocado. Porém, é de notar que nas sentenças referentes às matérias de expropriação reguladora nos EUA, as oponições da maioria e dos dissidentes invocam, muitas vezes, o mesmo critério do juiz. Neste sentido, se bem que os critérios adoptados nas sentenças sejam importantes, o modo de operação segundo o critério pode ser ainda mais fulcral. Além disso, não faltam críticas sobre a não uniformidade e oscilação de posição no julgamento relativo à matéria; porém e de facto, as posições da maioria dos juízes conselheiros são bastante uniformes, embora com certas divergências das seguintes duas ordens²⁸: a escola conservadora, representada pelos juízes conselheiros Antonin Gregory Scalia e William Hubbs Rehnquist, tende a limitar o campo de ponderação do Tribunal, pretendendo criar certos padrões inequívocos, por forma a reconhecer directamente a expropriação reguladora sem ponderar casuisticamente, quando a regulação atinja certo grau, sendo representativo o caso *Lucas v. South Carolina Coastal Council*;²⁹ enquanto uma outra escola liberal,

²⁶ *Armstrong v. United States*, 364 U.S. 40(1960), p.49.

²⁷ *Penn Central Transportation Co. v. City of New York*, 438 U.S. 104 (1978), p.124.

²⁸ Ver Deng Yuxiang, Restrição ao Aproveitamento do Terreno e Compensação pelos Danos na Perspectiva da Defesa do Direito de Propriedade – Uma Apresentação da Noção de Expropriação Reguladora no Direito dos EUA, Tese de Mestrado dos alunos de 2007 do Instituto de Estudos Jurídicos da Universidade Nacional de Taiwan, pág. 58.

²⁹ As matérias de facto do caso demonstram que o autor adquiriu por compra e venda dois terrenos na *Isle of Palms* do Estado da Carolina do Sul para construir um edifício e obteve licença para o efeito. No entanto, com a aprovação pela Assembleia Geral do Estado da Lei de Administração Litoral, é proibida a construção de habitações permanentes no mesmo lugar, com vista a defender a segurança pública e a conserva-

encabeçada pelos juízes conselheiros William Joseph Brennan Jr., John Paul Stevens e Harry Blackmun considera que não é possível encontrar um formulário fixo, sendo apenas possível tomar uma decisão mediante apreciação integrada de todos os elementos, sendo o caso mais com maior representatividade o Caso *Tahoe-Sierra Preservation Council, Inc. v. Tahoe Regional Planning Agency*.³⁰ Observadas as sentenças, os juízes conselheiros conservadores tendem a reconhecer como expropriação reguladora, enquanto os liberais inclinam a considerar como limitação justificada do direito de propriedade.³¹ Da jurisprudência do Caso *Lingle v. Chevron U.S.A. Inc.*, a sentença relatada pela juíza conselheira Sandra Day O'Connor, considerada membro da escola conservadora moderada, mereceu apoio comum dos juízes conselheiros das duas escolas, sendo privilegiada a posição da escola conservadora que se inclina para a ponderação casuística.

ção ecológica, uma vez que os terrenos podem ser invadidos pela água do mar com a aproximação de furacões. Foi assim instaurado um processo, pois o autor considerou que as normas daquela lei impõem uma expropriação reguladora. O Tribunal Distrital considerou que se tratou de uma expropriação reguladora, uma vez que a regulação tornou os terrenos do autor sem qualquer valor. Porém, o Supremo Tribunal do Estado considerou que o acto do Governo tinha por finalidade prevenir um dano público grave, não constituindo assim uma expropriação reguladora. Não se conformando com a decisão, o autor recorreu ao Supremo Tribunal Federal que declarou a anulação do sentença da instância inferior, determinando a mandando uma reapreciação do caso. A sentença proferida pelo relator, juiz conselheiro Antonin Gregory Scalia, criou a “Regra de Lucas” que mereceu acordo da maioria dos juízes. Esta Regra reconhece duas situações em que o Tribunal pode considerar directamente como expropriação reguladora com dispensa de ponderar o caso em concreto. A primeira situação consiste no facto da intrusão física que deve ser compensada, independentemente do seu grau de interferência e da importância dos fins de interesse público que a lei pretende; a segunda situação é que a regulação por parte do Governo torna totalmente impossível o aproveitamento económico ou produtivo do respectivo terreno. O caso em apreciação subsume-se à segunda situação. Conferir: Caso *Lucas v. South Carolina Coastal Council*, 505 U.S. 1003 (1992).

³⁰ Neste caso, se bem que o juiz conselheiro John Paul Stevens não chegasse a revogar a Regra de Lucas, a sua aplicabilidade tornou-se efectivamente esgotada, uma vez que a regulação tem que ser permanente e a impossibilidade do aproveitamento económico do património em causa tem que ser total, sob pena de se proceder à apreciação casuística em conformidade com o critério do caso *Penn Central Transportation Co. v. City of New York*. Conferir caso *Tahoe-Sierra Preservation Council, Inc. v. Tahoe Regional Planning Agency*, 535 U.S. 302 (2002).

³¹ Ver a obra citada na nota 28, pág. 58.

Quanto ao critério para julgar se se trata de expropriação reguladora em concreto, é tomado em consideração o seguinte:

(1) O impacto económico da regulação: relativamente ao impedimento absoluto do aproveitamento económico, a maioria dos juízes conselheiros da escola conservadora adopta uma posição relativamente menos rigorosa, enquanto os da escola liberal adoptam uma posição mais exigente – por hipótese, se um terreno em que é impedida edificação de uma casa pode ser destinado a pesca ou campismo, não é considerado absolutamente impossibilitado de aproveitamento económico e a regulação em causa tem que implicar uma restrição permanente, o que é pressuposto para ser considerada expropriação reguladora, sendo as restantes situações apreciadas casuisticamente. Na ocasião da ponderação, os juízes conselheiros da escola conservadora distinguem pormenorizadamente as propriedades do povo para observar o grau de restrição, enquanto os da escola liberal procedem a uma observação global.

(2) Expectativas de investimento expressas: no âmbito do *Penn Central Transportation Co. v. City of New York*, o juiz conselheiro William Joseph Brennan Jr. afirmou que a expectativa de investimento é essencialmente o aproveitamento do terreno como estação e escritório. Assim, o Governo do Município Nova Iorque que promete o aproveitamento do imobiliário como tal já protege as suas principais expectativas de investimento, sendo isto uma das razões por que o Tribunal não considera como expropriação reguladora.³² No caso *Palazzolo v. Rhode Island*³³, as opiniões dos juízes conselheiros divergem serveramente. A sentença relatada pelo juiz conselheiro Anthony McLeod Kennedy afirma que, embora a aquisição do direito de propriedade fosse posterior à entrada em vigor das normas reguladoras, a pretensão de considerar a regulação por parte do Governo como quasi-expropriação reguladora é ainda possível, sob pena de permitir o enriquecimento sem causa do Governo através da transferência das propriedades da pessoa. Neste sentido, cabe aos autores o direito à instauração de uma acção para pedir uma compensação pela expropriação. Os juízes conselheiros Sandra Day O'Connor, Antonin Gregory Scalia, John Paul Stevens e Stephen Gerald Breyer proferiram declarações de voto de consentimento evneido, apresentando os seus pontos de vista. De um modo geral, os juízes conselheiros da escola con-

³² *Penn Central Transportation Co. v. City of New York*, 438 U.S. 104 (1978), p.136.

³³ *Palazzolo v. Rhode Island*, 533 U.S. 606 (2001).

servadora consideram que as expectativas legítimas de investimento são pré-definidas, não sendo diminuídas em virtude dos actos legislativos nacionais. Assim, muito embora a aquisição do terreno seja posterior à execução das medidas reguladoras, o Estado é responsável pela compensação pela regulação em causa de que decorrem danos graves da pessoa. Os conselheiros da escola liberal consideram, por sua vez, que as expectativas legítimas de investimento são susceptíveis de alterar em função do tempo e das circunstâncias. Assim, quando a lei estipula expressamente que determinado terreno não pode ser destinado a certo fim, a aquisição do respectivo terreno posterior à entrada em vigor da regulação não dá direito à compensação por parte do Estado, senão, tratando-se de enriquecimento sem causa da pessoa.

(3) A natureza do acto do Estado: no caso *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*, o juiz conselheiro Louis Dembitz Brandeis afirma na declaração de voto de vencido que o proprietário não pode pôr o público em causa com o aproveitamento do terreno, assim, uma regulação que tem por objectivo a protecção da saúde pública, segurança ou moral não constitui expropriação reguladora.³⁴ No caso *Lucas v. South Carolina Coastal Council*, a sentença relatada pelo juiz conselheiro Antonin Gregory Scalia considera como ponto essencial o fim do acto do Estado. Caso seja destinado a afastar um impedimento, o acto nunca pode ser considerado expropriação reguladora, independente do impacto económico sofrido por parte dos sujeitos a limitação. Os juizes conselheiros consideram, por sua vez, que os órgãos legislativos prosseguem, na maioria dos casos, interesses públicos, evitando um aproveitamento nocivo. Neste sentido, o Tribunal deve ser especialmente prudente. É apenas considerado aproveitamento nocivo o uso maldoso ou uso ilegal. Pelo contrário, a construção de uma casa ou extracção de mina de carvão num terreno de própria propriedade não constitui aproveitamento nocivo. E os juizes conselheiros da escola liberal têm uma interpretação contrária, julgando que a definição adoptada pelo órgão legislativo deve ser respeitada, sendo considerado aproveitamento nocivo a extracção de mina que cause afundamento do solo ou a construção de uma casa na costa susceptível de causar invasão pelo mar.

Para além dos três factores acima referidos, o Tribunal chegou a integrar os seguintes dois elementos como factores a ponderar em diferentes causas de matéria de expropriação reguladora. Em primeiro lugar, é a

³⁴ *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*, 260 U.S. 393 (1922), p. 417.

existência ou não de benefício de reciprocidade média (*average reciprocity of advantage*). No caso *Penn Central Transportation Co. v. City of New York*, William Hubbs Rehnquist afirma na sua declaração de voto de vencido que a constitucionalidade da regulação das finalidades dos terrenos em função da sua localização consiste em que todos os proprietários dos terrenos sitos na mesma zona assumem obrigações idênticas. Este tratamento não só visa proteger os interesses urbanísticos globais, mas também os interesses dos proprietários, isto é, está de acordo com o princípio do benefício de reciprocidade média. No entanto, o facto da causa em apreciação não se enquadra nesta regra.³⁵ Na apreciação da existência ou não do benefício de reciprocidade média, os juízes conselheiros adoptam uma atitude mais exigente, considerando que a regulação em causa só se enquadra na mesma regra quando a maioria dos interessados esteja sujeita à regulação; os da escola liberal, por sua vez, não manifestam uma posição bem nítida em relação à mesma regra, mas, da exposição feita, parece-nos que, quando a regulação não incida unicamente nos autores mas abranja outras pessoas, é possível existir benefício de reciprocidade média.³⁶ Em segundo lugar, está o factor financeiro. Muito embora nenhum dos juízes refira expressamente que o factor financeiro é ou não é um elemento a ponderar para determinar se há expropriação reguladora, das expressões dos mesmos juízes sentimos maior ou menor grau desta intenção. A título exemplificativo e nos termos da “Regra de Lucas”, quando a regulação do Governo invade fisicamente os bens da pessoa e determina certa limitação ao direito exclusivo, a Nação tem sempre obrigação de compensação, independentemente do valor do prejuízo sofrido pelo respectivo proprietário e sem necessidade de ponderação casuística. As doutrinas americanas apoiam de modo genérico esta ideia, muito embora não chegassem a apresentar uma justificação racional. Na tentativa de apresentar um fundamento para esta prática no âmbito do Caso *Tahoe-Sierra Preservation Council, Inc. v. Tahoe Regional Planning Agency*, o juiz conselheiro John Paul Stevens refere que, relativamente às causas de limitação ao direito de uso, são pouco numerosas as causas que envolvem a restrição do direito exclusivo, assim estas últimas são mais fáceis de reconhecer e representam uma ofensa maior da propriedade privada. “Causas pouco numerosas” significa de certo modo uma consideração dos factores financeiros.

³⁵ *Penn Central Transportation Co. v. City of New York*, 438 U.S. 104 (1978), p.140.

³⁶ Ver a obra citada na nota 28, pág. 59.

3) Formas de garantia

Nos termos do princípio da maturidade do direito administrativo americano, a mera existência de uma norma legal que restrinja o próprio direito de propriedade não dá direito a instaurar uma acção para arguir a inconstitucionalidade do respectivo acto legislativo, cabendo, isto sim, a propositura de uma acção quando a Administração praticar acto regulador contra si de harmonia com a respectiva lei. Uma vez admitida a acção instaurada para o Tribunal Federal, será apreciada como incidente se o poder para a prática do acto regulador conferido pela lei que serve de fundamento para o acto regulador constituir ou não um poder para apropriação. Caso afirmativo, será ordenada a assunção da obrigação de compensação pelo sujeito da regulação.³⁷ É de notar que, muito embora seja criticado o critério de aumento substancial dos interesses dos Estados no contexto da cláusula do processo justo no âmbito da sentença do caso *Lingle v. Chevron U.S.A. Inc.*, uma vez que o mesmo critério “não tem uma posição adequada na jurisprudência da expropriação reguladora”, o que coloca a igualdade do suporte dos encargos públicos numa posição central das medidas de apropriação reguladora, isto não quer significar que a cláusula do processo justo seja afastado nas acções da mesma natureza. O juiz conselheiro Anthony McLeod Kennedy na declaração de voto favorável opina que o caso *Lingle v. Chevron U.S.A. Inc.* enfraquece de certo modo algum o processo justo enquanto base legal, “a mesma sentença não significa que, a partir deste momento, um acto regulador excessivamente arbitrário e irracional não violará o processo justo”.³⁸

IV. Comparação do instituo jurídico de Macau com o dos EUA

Contado a partir do caso *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon* em 1922, as jurisprudências dos EUA relativas à expropriação reguladora acumulam-se ao longo de cerca de um século. O direito e a cultura do Território de Macau são de certo modo semelhante aos do Continente Chinês. Assim uma observação e confrontação entre ambos os territórios não só têm

³⁷ Ver Zhang Xiaoyu, Restrição por fins de utilidade pública e sua compensação, Tese de Doutoramento dos Alunos de 2011 da Universidade Zhejiang, pág. 124.

³⁸ *Lingle v. Chevron U.S.A. Inc.*, 544 U.S. 528 (2005) (Kennedy, J., concurring).

o seu significado no direito comparado, mas também são favoráveis ao desenvolvimento do instituto congénere na Pátria.

1. O grau do impacto económico

No direito americano, nem todas as restrições por utilidade pública são compensadas. “Caso todas as restrições ao direito de propriedade privada sejam compensadas, a governação pelo Estado será dificultada”.³⁹ Neste sentido, só serão compensados por parte do Estado, quando o mesmo direito for restringido até certo nível. O grau do impacto económico de restrição ao direito de propriedade sujeita-se, muitas vezes, à apreciação casuística do juiz. Os juízes conselheiros da escola conservadora costumam observar as facetas temporais e espacial: em termos temporal, quando as medidas restritivas forem temporárias, esta escola apreciará o prejuízo a sofrer nesse espaço temporal; em termos espacial, são tido em conta os elementos transversais e horizontais. Os primeiros referem-se à subdivisão do direito de propriedade em direito de aproveitamento aéreo, direito de superfície, direito subterrâneo de extracção de mina, entre outros; os últimos referem-se à parte de um terreno sujeita à restrição. Esta escola apreciará apenas as partes sujeitas a restrição.⁴⁰ Os juízes conselheiros da escola liberal adoptam uma forma de consideração global para o cálculo do grau do impacto económico, recusando qualquer divisão espacial ou temporal. O que diminui a possibilidade do reconhecimento do direito à compensação pela expropriação reguladora.

A proposta de Lei do Planeamento Urbanístico de Macau pretendeu fazer uma enumeração genérica das situações compensáveis. No número um do artigo 54.º da proposta foi previsto um requisito para a concessão de compensação: “o plano imponha restrições significativas às possibilidades de aproveitamento do solo preexistentes, de efeitos equivalentes a uma

³⁹ Argumentação famosa do juiz conselheiro Oliver Wendell Holmes no caso *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*.

⁴⁰ Esta prática pode, por um lado, reforçar a garantia para o proprietário, protegendo a distribuição patrimonial preexistente, uma vez que é observada individualmente uma determinada parte do direito de propriedade ou os efeitos num determinado período de tempo. Assim o prejuízo reconhecido será indubitavelmente mais grave, o que facilita a consideração do facto como expropriação reguladora. Em segundo lugar, a mesma prática contribui para evitar as irracionalidades decorrentes da observação global. Ver a obra citada na nota 28, pág. 94.

expropriação”. Relativamente a este preceito, o respectivo parecer refere: “... por alteração de um plano urbanístico se determina que um terreno de um particular, que originalmente estava numa zona urbana e permitia ser utilizado para efeitos de edificação, passe a ter como uso exclusivo a sua utilização como espaço verde ou parque infantil. Em termos materiais o proprietário do terreno foi privado do uso útil deste terreno, que será um espaço verde ou um parque infantil e apenas isso, sendo que a sua utilização passa a ter uma finalidade social. Tal é materialmente equivalente a uma expropriação, logo terá que dar lugar a uma indemnização, ...” e “... o terreno poderia ficar formalmente da posse do seu proprietário, que continuaria a ser o titular do direito de propriedade, mas este poderia ficar sem lhe poder dar qualquer utilidade, sem poder retirar dele qualquer benefício económico ou sem que do mesmo pudesse retirar qualquer uso”⁴¹. Se bem que este preceito tenha sido eliminado do texto final, a Comissão da Assembleia Legislativa manteve a sua opinião constante no parecer.⁴² Nos termos expostos, parece-nos que a Lei do Planeamento Urbanístico define um critério muito exigente relativamente ao grau do impacto económico, o que é semelhante ao ponto de vista dos juizes conselheiros da escola liberal dos EUA, ou seja, quando não é possível retirar nenhum benefício económico do terreno. Relativamente às situações em que dá lugar a uma compensação, as normas constantes da Lei do Planeamento Urbanístico não estão claras: por um lado, nos termos do artigo 53.º da mesma lei, uma licença de obras concedida a titulares de direitos reais sobre terrenos de propriedade privada é o pressuposto da compensação, o que limite de modo máximo o âmbito da compensação pela restrição por utilidade pública; por outro lado, nos termos do artigo 56.º da mesma lei, os titulares de direitos reais sobre terrenos de propriedade privada e, tratando-se de concessões onerosas, os concessionários de terrenos do Estado lesados pelo estabelecimento de medidas preventivas têm direito a ser indemnizados pelos danos que comprovadamente tenham sofrido. Esta regra de compensação pelos danos sofridos originados por medidas temporárias de restrição é semelhante ao entendimento dos juizes conselheiros da escola conservadora na divisão temporal do grau do impacto económico para determinar se se trata de expropriação reguladora. A Lei de Salvaguarda do Património Cultural, por sua vez, é menos exigente no que diz respeito às situações em que é devida uma compensação relativa-

⁴¹ Ver a obra citada na nota 5, pág. 51 (para a versão portuguesa, ver a pág. 74).

⁴² *Ibidem*, rodapé na pág. 47.

mente ao impacto económico: para além de deixar de exigir a obtenção de licença de obras como pressuposto de compensação, no caso da suspensão de trabalhos em virtude de se encontrar em quaisquer objectos ou vestígios arqueológicos, “os prejuízos decorrentes da suspensão dos trabalhos ... são objecto de indemnização compensatória”. De um modo global, os preceitos da Lei de Salvaguarda do Património Cultural estão de acordo com a Lei Básica, no que diz respeito às disposições da defesa do direito de propriedade e aos alvos da protecção do património cultural. E, como a Lei do Planeamento Urbanístico fixa um critério muito exigente para o reconhecimento da existência da expropriação reguladora em termos do grau do impacto económico e estabelece como pressuposto da compensação a obtenção da licença de obras, a mesma lei não está conforme com o princípio da defesa do direito de propriedade. É de notar que a validade da licença de obras depende dos serviços públicos; assim, é difícil de defender o direito dos titulares do direito de propriedade.⁴³

2. Perspectiva de investimento expressa

Como foi referido *supra*, para os juízes conselheiros da escola conservadora dos EUA, a expectativa de investimento expressa pode tornar a ser um meio para a evasão de responsabilidade de compensação por parte do Estado. Assim, a aquisição de terreno posterior à execução das medidas reguladoras não deve impedir o reconhecimento da existência da expropriação reguladora, nem sequer põe em causa o direito de acesso à justiça. Os da escola liberal, por sua vez, têm entendimento oposto. A discussão sobre a existência ou não de uma expectativa de investimento legítimo do proprietário está muitas vezes ligada ao tempo em que é adquirida a propriedade.

A Lei do Planeamento Urbanístico não fala directamente sobre a expectativa de investimento expressa, mas, de facto o legislador chegou

⁴³ No decurso da apreciação da proposta de lei, em resposta às dúvidas deste género, o proponente afirmou que o titular pode defender os seus direitos pelos seguintes vias: instauração de um processo administrativo contencioso ou apresentação, junto do Ministério Público ou do Comissariado contra a Corrupção, de uma queixa ou de um pedido para efectivação da responsabilidade civil extracontratual da Administração e seus agentes. Ver o documento citado na nota 5, pág. 53 (versão chinesa, para a versão portuguesa, ver a pág. 78). Para nós, a validade das referidas vias na prática sujeita-se a verificação.

a ponderar este aspecto. Nos termos do número dois do artigo 54.º da mesma lei, na fixação do valor da indemnização são tidos em consideração os danos sofridos, designadamente, em consequência da: diminuição da edificabilidade do solo anteriormente conferida por uma licença; subtracção ou alteração das finalidades do solo anteriormente conferidas por uma licença; perda de utilidade de despesas efectuadas, decorrente da verificação das situações previstas nas alíneas anteriores. Nos termos do número cinco da mesma norma, a Comissão de Avaliação deve ouvir o interessado no decurso do procedimento de cálculo do valor da indemnização e pode recorrer a avaliações efectuadas por peritos independentes, a contratar pelo Governo. Nos termos do parecer emitida pela Comissão da Assembleia Legislativa que apreciou a proposta de Lei do Planeamento Urbanístico, “a Comissão de Avaliação deve ouvir os interessados, para aferir das circunstâncias que se verifiquem em concreto e recolher os elementos técnicos que sejam necessários para avaliar os que ocorreram em cada caso. Em parte, os danos aqui relevantes terão a ver com os danos decorrentes da perda das possibilidades de aproveitamento do solo que existiam antes, que terão que ser estimados, tendo em conta os investimentos realizados e projectados pelos interessados e a rentabilidade previsível dos mesmos no mercado. Para esse efeito, atendendo ao ‘elevado grau de sofisticação e complexidade técnica’ que pode ser necessária para se estimarem os danos sofridos pelos interessados em cada caso concreto, em termos de perdas de utilidade do aproveitamento do solo, a Comissão de Avaliação pode recorrer a avaliações realizadas por peritos independentes, que sejam contratados para dar a sua opinião técnica com independência.”⁴⁴ Analisada a redacção da Lei do Planeamento Urbanístico, a expectativa de investimento expressa está essencialmente ligada à finalidade do terreno legalmente definida, isto é uma consequência necessária deduzida das referidas ideias do proponente no que diz respeito a “o direito de propriedade o solo não contém em si mesmo, ou seja dele não faz parte, o direito a construir” e “o direito de construir apenas nasce com os planos

⁴⁴ Neste ponto, no que respeita à Comissão de Avaliação, diga-se que a mesma não constava da versão original da proposta de lei, tendo sido aditada por sugestão da Comissão, de forma a criar um mecanismo garantístico quer para o interesse público, quer para o particular. Assim, esta Comissão fica obrigada a ouvir o interessado no decurso do procedimento de cálculo do valor da indemnização e pode ainda recorrer a avaliações efectuadas por peritos independentes. Ver documento citado na nota 5, pág. 59 (versão chinesa, para a versão portuguesa, ver a pág. 87).

urbanísticos”.⁴⁵ Neste sentido, a mesma lei tem uma visão semelhante à dos juízes conselheiros da escola liberal dos EUA. Assim, caso a aquisição do direito de propriedade seja posterior à entrada em vigor das medidas reguladoras, não dará lugar ao direito à compensação. Além disso, não há referências sobre a expectativa de investimento expressa na Lei de Salvaguarda do Património Cultural, nem existem provas de que o legislador já a tomou em consideração.

3. Características do acto e opções de meios de garantia

Como foi referido atrás, as características do acto do Estado são determinadas pelos seus objectivos – se é destinado a dirimir impedimentos. Dirimir impedimentos tem sempre uma superioridade em relação ao direito de propriedade. Uma vez que a regulação do aproveitamento de terreno tem por efeito proteger os cidadãos dos prejuízos causados por outros, prevenindo que o cidadão aproveite de modo nocivo o terreno para prejudicar o público. Neste sentido, a regulação do aproveitamento do terreno, no sentido de restringir até privar os direitos do cidadão está plenamente conforme com as exigências sociais no âmbito da moralidade básica, estando dotado de uma legitimidade indubitável.⁴⁶ Porém, a partir dos anos 60 do século XX, os governos começaram a proceder à regulação do aproveitamento dos terrenos para satisfazer certas finalidades para fazer face às realidades sociais, restringindo o direito de propriedade com os seus poderes para prosseguir, por sua iniciativa, um certo bem estar social. Assim os objectivos das medidas de regulação passaram de dirimir impedimentos para satisfazer a utilidade pública, até para alcançar finalidades administrativas mediante a privação do aproveitamento dos terrenos privados. Tais finalidades incluem a mera estética do ponto de vista do planeamento urbanístico, o que não está directamente relacionado com os interesses públicos da ordem arquitectónica, uma vez que estão integrados os interesses dos governos de promover a rentabilidade

⁴⁵ É possível fazer a mesma interpretação através da epígrafe do artigo 53.º da Lei do Planeamento Urbanístico - Indemnização decorrente da execução inicial ou da alteração de um plano urbanístico.

⁴⁶ *Hadacheck v. Sebastian*, 239 U. S. 394 (1915); *Goldblatt v. Town of Hempstead*, 369 U. S. 590 (1962). Transcrição de Hu Jianmiao e Wu Liang, *Evolução Mais Recente do Critério do Interesse Público na Expropriação Reguladora nos EUA – Uma Observação Centrada na Jurisprudência do Caso Lingle v. Chevron*, in *Revista Comentário Jurídico Mundial*, número 6 do ano 2008, pág. 25.

de exploração da cidade e a sua imagem e *performance*.⁴⁷ Exactamente por esta razão, o ponto fulcral da apreciação sobre expropriação reguladora passou da regulação ilícita para a igualdade de suporte dos encargos públicos. Esta alteração significa que, aquando da apreciação da natureza do acto do Governo, o exame da legalidade das medidas reguladoras tem sucessivamente dado lugar à de racionalidade dos meios de regulação. Em Macau, o regime de compensação por utilidade pública tem desde logo como ponto fulcral o suporte equilibrado de encargos públicos. Neste sentido, no conhecimento das causas desta matéria, o exame da legalidade de finalidades da regulação não deverá ser excessivamente exigente, mas sim a racionalidade dos meios de regulação, o que será muito relevante na aplicação da Lei de Salvaguarda do Património Cultural.

Como foi referido o juiz conselheiro Anthony McLeod Kennedy na declaração de voto favorável no caso *Lingle v. Chevron U.S.A. Inc.*, “a mesma sentença não significa que, a partir deste momento, um acto regulador excessivamente arbitrário e irracional não violará o processo justo”. Se alguma restrição por utilidade pública violar de modo grosseiro o princípio de processo justo e a falta racionalidade básica, deve permitir que as partes a duvidar as finalidades de regulação. Isto tem a ver com os meios de garantia dos direitos. Em Macau, os meios de garantia abrangem a impugnação da legalidade do próprio acto restritivo por utilidade pública e o pedido de compensação por restrição por utilidade pública. Relativamente ao primeiro meio, os problemas podem ser solucionados nos termos do Código do Processo Administrativo Contencioso. Assim, os problemas estão relacionados com o segundo meio. Nos termos do número dois do artigo 53.º, o direito de indemnização prescreve no prazo de três anos, a contar da data da entrada em vigor do plano urbanístico ou da sua alteração. Aquando da apreciação deste artigo da proposta de lei em causa, esta opção legislativa suscitou algumas dúvidas a alguns membros da Comissão tendo um Deputado opinado que direito à compensação devesse prescrever no prazo de três anos contados a partir do momento do conhecimento pelo particular da lesão que sofreu.⁴⁸ Se bem que o artigo 22.º da Lei do Planeamento Urbanístico estabeleça que os

⁴⁷ Conferir Cai Huaiqing, Restrições na Lei do Aproveitamento da Terra dos EUA e Seus Limites Constitucionais, in *Boletim de Direito Xuan Zang*, número 2, Dezembro de 2004, pág. 33.

⁴⁸ Ver o documento citado na nota 5, pág. 54 (versão chinesa, para a versão portuguesa, ver a pág. 78).

planos urbanísticos são aprovados por regulamento administrativo, a sua publicação será feita no «Boletim Oficial da Região Administrativa Especial de Macau». Como os residentes em geral não lêem o Boletim Oficial, ao que acresce que os próprios planos urbanísticos são documentos profissionais e de difícil de compreensão por uma pessoa normal, os mesmos podem não ter consciência de que o seu direito de propriedade é restrito. Confrontando com isto, a Lei de Salvaguarda do Património Cultural não prevê nenhuma prescrição do direito à compensação.

V. Nota conclusiva: semelhanças e diferenças – ideias fundamentais subjacentes aos institutos jurídicos

Confrontados os respectivos regimes de Macau com os dos EUA, podemos verificar que: embora o regime de Macau tenha como referência essencial o direito português, ele tem algo comum aos regimes dos EUA em termos de base legal: enquanto a juíza conselheira Sandra Day O'Connor defende, na sentença do caso *Lingle v. Chevron U.S.A. Inc.*, que o objectivo da expropriação reguladora é a garantia da igualdade de suporte dos encargos públicos, o princípio de equidade consagrado no artigo 6.º da Lei de Salvaguarda do Património Cultural (ou seja, assegurar a justa repartição dos encargos, ónus e benefícios decorrentes da aplicação do regime de salvaguarda do património cultural) tem por natureza a garantia da igualdade de suporte dos encargos públicos. Das jurisprudências proferidas pelo Supremo Tribunal de Justiça dos EUA, podemos saber as considerações dos juízes conselheiros sobre os encargos financeiros do Estado no reconhecimento de um facto como expropriação reguladora. Em Macau, a Lei do Planeamento Urbanístico fixa um âmbito de compensação mais estrito do que o consagrado na Lei de Salvaguarda do Património Cultural. É susceptível de considerar que as restrições do direito de propriedade previstas nesta última sejam, em certa medida, uma situação extraordinária de “lesão pela execução inicial ou pela alteração de um plano urbanístico”, tendo um âmbito de aplicação menor e por isso não constituirá um excessivo encargo para as finanças públicas.

Entre os regimes de Macau e dos EUA há também muitas diferenças, até os critérios entre os juízes conselheiros com posição política diferente e os critérios entre as diversas leis de Macau são distintos. O que é distinto são também as ideias fundamentais subjacentes a estes diferenças. Em primeiro lugar, as interpretações do direito de propriedade divergem.

Nos EUA, os juízes conselheiros da escola liberal e da conservadora têm atitudes bem diferentes nas matérias relativas ao reconhecimento de um facto como expropriação reguladora – enquanto os conservadores se inclinam a admitir a restrição do direito de propriedade por parte do Estado como expropriação reguladora, os liberais têm posição oposta. O que está subjacente a estas posições diferentes é uma interpretação distinta em relação ao direito de propriedade. A maioria dos juízes conservadores acham que o direito de propriedade é um “direito natural” insusceptível de violação arbitrária, enquanto a maioria dos juízes liberais acham que o mesmo direito é uma forma de distribuição da riqueza social, assim, a restrição do direito de propriedade de uma parte das pessoas para a defesa dos interesses gerais da comunidade pode não dar lugar à compensação ou pode dar compensação de uma quantia reduzida. Em Macau, a Lei do Planeamento Urbanístico fixa um âmbito de compensação mais estrito do que o consagrado na Lei de Salvaguarda do Património Cultural, sendo uma das razões por que no processo de elaboração da primeira, o Governo enquanto proponente insistiu na ideia de que “no direito de propriedade o solo não contém em si mesmo, ou seja dele não faz parte, o direito a construir” e “o direito de construir apenas nasce com os planos urbanísticos”⁴⁹.

⁴⁹ Foi esta uma “questão longamente debatida durante todo o processo” no âmbito da Comissão. Esta última considerou que “... tendo um particular, por causa de um plano urbanístico, sofrido um prejuízo pelo facto de não ser titular de uma licença de obras, ... esse particular, por que sofre um prejuízo sobre o seu direito de propriedade, deve ter direito a ser indemnizado.” Porém, é evidente que o proponente adoptou esta sugestão oponente. Ver o documento citado na nota 5, pág. 61 a 64 (versão chinesa, para a versão portuguesa, ver pág. 89 a 92).