

O Direito Urbanístico e o Direito de Propriedade Norte-Americanos: Planejamento Urbano e Desapropriação para Fins de Interesse Público após a Decisão no Caso Kelo vs. City of New London

Márcia Farias

Procuradora do Ministério Público no Tribunal de Contas do Distrito Federal, Mestre em Direito Público (UFPe), MBA pela Boston University, Hubert H. Humphrey Fellow (2005-2006), Mestranda em Planejamento Urbano (Boston University), Membro da American Planning Association e da National Scholars Honor Society.

DOI: 10.11117/22361766.14.01.03

SUMÁRIO: 1 Introdução: *takings clause* na Constituição norte-americana; 2 O caso Kelo v. City of New London; 3 A redefinição do conceito de interesse público no Direito Administrativo norte-americano; 4 Desapropriação para desenvolvimento econômico na jurisprudência da Suprema Corte; 4.1 Berman vs. Parker; 4.2 Hawaii vs. Midkiff; 4.3 Poletown Neizhborhood Council vs. City of Detroit; 4.4 County of Wayne vs. Edward Hatchcock; 5 *Urban renewal* e desenvolvimento urbano; 6 Descobramentos do caso Kelo; Conclusão.

1 INTRODUÇÃO: *TAKINGS CLAUSE* NA CONSTITUIÇÃO NORTE-AMERICANA

"No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb, nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process, of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation." (Quinta Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América)¹

1 A última parte da Emenda, que se lê: "Nem será propriedade privada tomada para uso público, sem justa compensação", é conhecida como "*the takings clause*", aplicável aos Estados por meio da Décima-Quarta Emenda.

Não há dúvida acerca da relação existente entre pobreza e desenvolvimento urbano. Aquela favorece sobremaneira o crescimento desordenado da cidade, fenômeno observado em todos os países em desenvolvimento. O crescimento desordenado das cidades na América Latina, por motivos políticos, econômicos e sociais, deixa espaço para uma série de movimentos descoordenados e inconseqüentes, e a falta de meticoloso planejamento urbano, que atenda aos anseios da população local, é causa de diversos males, refletindo em índices de educação, criminalidade e saúde (inclusive mental), dentre outros.

É tarde para que o Brasil, inclusive o Distrito Federal, resgatem o Estado de Direito em matéria de desenvolvimento urbano, conferindo competência de zoneamento e planejamento ao Poder Executivo, por meio de mecanismos e de profissionais talhados para a tarefa e que considerem ampla participação da sociedade, cabendo ao Poder Legislativo traçar linhas mestras de desenvolvimento. Imperioso se faz, ainda, o efetivo florescimento das muito faladas parcerias público-privadas, importantíssimas nesta como em tantas outras áreas. São elas, ao lado de uma estrutura normativa e orçamentária, que dão forma e cor à política de habitação norte-americana, aí compreendidos o desenvolvimento econômico das cidades e o redesenvolvimento urbano. É tarde, mas é absolutamente necessário que não se pense a tarefa impossível.

O julgamento do controvertido Caso Kelo vs. City of New London, pela Suprema Corte dos Estados Unidos, em 23 de junho de 2005, teve ampla e estrondosa cobertura na mídia. O caso vem sendo considerado uma das mais importantes decisões da Corte em 2005 e uma das mais significativas e polêmicas de toda a história da Corte Suprema em matéria de direito administrativo, direito de propriedade e desapropriação. De uma parte, para os defensores do direito de propriedade privada, o caso vem sendo alardeado como a gota d'água, uma clara demonstração da maioria dos integrantes da Corte contra a proteção da propriedade privada. De outra parte, para os governos locais, aos quais cabem as decisões a respeito do planejamento urbanístico, a decisão no Caso Kelo é maravilhosamente libertadora, um verdadeiro divisor de águas a clarificar, de uma vez por todas, quem manda em termos de desenvolvimento e planejamento urbano.

O presente estudo tem o objetivo de demonstrar que o Caso Kelo, a despeito das incisivas palavras da Ministra Sandra Day O'Connor², nada mais é do que uma conseqüência de decisões anteriores da Corte Suprema, uma mera continuidade natural do pensamento administrativista norte-americano. Nem por isso deixa a decisão de ser da mais suma relevância, pois revela definitiva tendência no planejamento urbano, de costa a costa: aclara

2 Relatora do voto dissidente.

competências e serve de excelente fonte de estudo no direito comparado. Particularmente, no que diz respeito ao conceito de interesse público e de função social da propriedade, o caso lança luzes que refletem no direito administrativo brasileiro, merecendo detalhado e refletido exame.

2 O CASO KELO VS. CITY OF NEW LONDON

New London é uma cidade histórica e portuária, situada à beira do Rio Thames, no sudeste do Estado de Connecticut, na Nova Inglaterra³, nordeste dos Estados Unidos. Região formada pelos Estados de Maine, New Hampshire, Vermont, Massachusetts e Rhode Island, além do já citado estado. O voto do Ministro Stevens⁴, no Caso Kelo, demonstra a situação socio-econômica da cidade, no final do século XX: uma “municipalidade em frangalhos”⁵, que, em 1998, exibia taxa de desemprego quase duas vezes maior do que a média estadual, com a maior emigração de habitantes desde 1920.

A área de Fort Trumbull era a que mais merecia atenção. A New London Development Corporation (NLDC), uma sociedade sem fins lucrativos, estabelecida para auxiliar o governo local a elaborar uma política de desenvolvimento econômico⁶, foi autorizada pelo Conselho da Cidade de New London a formalmente submeter seus planos ao governo estadual para revisão. O plano apresentado incluía o estabelecimento de um complexo de pesquisa pela Pfizer, Inc., que, esperava-se, atrairia novos negócios a fixarem-se na região, totalizando 90 acres na área de Fort Trumbull. O Conselho da cidade aprovou o plano em janeiro de 2000, designando a NLDC como o agente responsável por sua implementação. A NLDC foi também autorizada a adquirir propriedade para desenvolvimento do plano, inclusive por meio de desapropriação, em nome da cidade de New London. A maior parte dos 90 acres foi adquirida, mas, em relação aos autores da ação, as negociações falharam, tendo sido iniciado o processo de desapropriação em novembro de 2000.

Os nove autores da ação judicial mantinham quinze propriedades em Fort Trumbull, dez das quais utilizadas para moradia dos proprietários ou de suas famílias, e cinco mantidas como investimento.

3 Região formada pelos Estados de Maine, New Hampshire, Vermont, Massachusetts, Rhode Island e Connecticut. Boston é a capital financeira e cultural da região.

4 John Paul Stevens, nomeado pelo Presidente Ford, entrou em exercício em 19 de dezembro de 1975.

5 “A *distressed municipality*” (todas as traduções para o português contidas neste estudo foram feitas livremente pela autora).

6 A NLDC tem como finalidade estabelecer parcerias público-privadas que sirvam de estímulo ao desenvolvimento econômico da cidade de New London, aumentando a receita de tributos, fomentando a criação de empregos, e melhorando a qualidade de vida dos moradores da cidade (Disponível em: <http://www.nlcd.org>).

Em dezembro de 2000, os autores da ação defenderam no Tribunal de Segunda Instância de New London⁷ que a desapropriação de seus imóveis estaria em violação do conceito de *interesse público* contido na Emenda Cinco da Constituição norte-americana. O Tribunal concedeu aos autores segurança proibindo a desapropriação das propriedades localizadas na zona 4A do projeto, mas não na zona 3⁸.

Em seguida, ambas as partes apelaram à Corte Suprema do Estado de Connecticut, que julgou, por maioria, que as desapropriações tencionadas pelo governo local eram válidas. A decisão teve por fundamento o Capítulo 132 da Constituição Estadual, que reza que a desapropriação de áreas urbanas, ainda que construídas como parte de um projeto de desenvolvimento urbano, é considerada no “interesse público” e revela um “uso público”. A Corte, portanto, manteve a decisão *a quo* relativamente à parcela 3, mas reformou a decisão, no que diz respeito à parcela 4A, sob o argumento de que o uso pretendido da área havia sido suficientemente definido e havia merecido “razoável atenção” no curso do processo de planejamento.

A Corte Suprema dos Estados Unidos recebeu os recursos dos litigantes (*writ of certiorari*) com o propósito de examinar se a decisão de um governo local de promover desapropriações para a finalidade de desenvolvimento econômico envolvia um interesse público, tal como requerido por força da Quinta Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América.

Assim recapitulou o Ministro da Suprema Corte, relator do processo⁹: “*When this Court began applying the Fifth Amendment to the States at the close of the 19th century, it embraced the broader and more natural interpretation of public use as ‘public purpose’ [...] The disposition of this*

7 *New London Superior Court.*

8 O projeto dividia-se em sete parcelas, a saber:

Parcela 1 – designada para estabelecimento de um hotel à beira da água, centralizado em uma pequena vila urbana, na qual seriam estabelecidos restaurantes e um *shopping center*, assim como marinas para uso recreativo e comercial.

Parcela 2 – nesta zona seriam construídas aproximadamente 80 novas residências, organizadas em uma comunidade urbana e ligadas por meio de um passeio público ao restante do projeto, com previsão de um parque estadual e um museu.

Parcela 3 – 90.000 pés quadrados, ou mais, de área destinada a pesquisa e a escritórios.

Parcela 4A – área de 2,4 acres a ser utilizada para suporte ao parque estadual, como estacionamento e comércio varejista para visitantes, ou para suporte à marina.

Parcela 4B – área destinada à marina, renovada, além de passeio público.

Parcelas 5,6 e 7 – espaço destinado a escritórios e comércio varejista, estacionamento e usos comerciais relacionados ao rio.

9 125 S. CT. 2655: “Quando esta Corte começou a empregar a Quinta Emenda aos Estados no final do século XIX, abraçou a mais ampla e mais natural interpretação de ‘uso público’ como um ‘propósito público’ [...] A disposição deste caso volta-se a perguntas a respeito de se um plano de desenvolvimento de uma cidade presta-se ao conceito de ‘propósito público’. Sem exceções, as nossas decisões têm definido esse conceito de forma abrangente, refletindo nossa política de deferência ao pensamento do legislativo nesse campo”.

case therefore turns on the question whether the City's development plan serves a 'public purpose'. Without exception, our cases have defined that concept broadly, reflecting our longstanding policy of deference to legislative judgments in this field".

Os requerentes em Kelo argumentaram que: a) o desenvolvimento econômico não poderia ser considerado interesse ou uso público; b) o uso do instituto de desapropriação nessas circunstâncias deturparia o conceito de interesse social; c) a transferência de propriedade de um cidadão a outro seria estimulada se o caso fosse decidido a favor da cidade de New London; d) uma razoável certeza de que os benefícios ao público iriam de fato ocorrer seria imperativa.

A Ministra O'Connor¹⁰ apresentou voto divergente, no que foi acompanhada pelos Ministros Renquist, Scalia e Thomas¹¹ (o último apresentou declaração de voto). O entendimento esposado no voto da Ministra O'Connor é no sentido de que a Suprema Corte, por dois séculos, aplicara em suas decisões o princípio da limitação dos Poderes Públicos, e que essa prática estaria a ser, com a decisão em debate, abandonada, para permitir a desapropriação de propriedade privada e sua transferência para outro indivíduo ou entidade privada, apenas porque os últimos seriam capazes de gerar mais benefícios à comunidade, ou, em última análise, maior renda tributária. Desapropriação para fins de desenvolvimento econômico, que constitui o caso em análise, seria inconstitucional para a corrente vencida por promover o bem público apenas incidentalmente; o voto dissidente da Ministra refuta, também, a pertinência da jurisprudência apontada, particularmente os Casos Berman e Midkiff (adiante apresentados).

3 A REDEFINIÇÃO DO CONCEITO DE INTERESSE PÚBLICO NO DIREITO NORTE-AMERICANO

A cláusula *Takings*¹², também conhecida como a "*just compensation clause*" (cláusula da justa compensação), "*serves as a limitation on the exercise of the police power [...] it is not essential that a majority of the public benefit from the governmental action or program. [...] In the process of*

10 A Ministra Sandra Day O'Connor tomou assento na Suprema Corte em 25 de setembro de 1981 e foi nomeada pelo Presidente Reagan. Aposentou-se em 31 de janeiro de 2006.

11 O Ministro William H. Renquist foi nomeado pelo Presidente Nixon e tomou assento em 7 de janeiro de 1972; foi ainda nomeado *Chief Justice* pelo Presidente Reagan em 25 de setembro de 1986, e faleceu no cargo em 3 de setembro de 2005. O Ministro Antonin Scalia foi nomeado pelo Presidente Reagan e tomou assento em 26 de setembro de 1986; o Ministro Clarence Thomas foi nomeado pelo Presidente Bush e tomou assento em 23 de outubro de 1991.

12 *Takings* é conceito mais amplo do que o de desapropriação, tal como conhecido no Direito brasileiro, pois inclui a desapropriação por utilidade pública, a desapropriação por interesse social e também a regulamentação administrativa (relativa a zoneamento urbano, por exemplo) considerada pelo Poder Judiciário como exorbitante. No caso em hipótese, contudo, que envolve *physical takings*, a tradução mais precisa seria o termo desapropriação.

expanding the definition of what was a public use by incorporating public benefit or purpose analysis, the definition of public use became a legislative function. Thus, an action of a state administrative agency requires the authorization by the state legislature in order to further a public use"¹³.

O propósito público, ou o interesse público, é conceito multifacetado. Por não ser facilmente identificado ou delimitado, não é conceito finito e objetivo. Deve-se compreender o conceito, portanto, em direito administrativo, por meio de uma ponderação dos interesses envolvidos em cada caso concreto. Em busca de uma compreensão da função social da propriedade, devem-se considerar direitos individuais e metaindividuais¹⁴.

A noção do conceito de interesse público, ademais, é caleidoscópica, porque alterna suas cores e configurações de acordo com quem a manipula. Para Marx, por exemplo, o interesse público era um disfarce da burguesia. Mais recentemente, teóricos e filósofos feministas argumentam que o interesse público é, invariavelmente, implicitamente condicionado a gênero¹⁵.

Historicamente, o conceito de *interesse público* "serves as a limitation on the exercise of the police power [...] it is not essential that a majority of the public benefit from the governmental action or program. [...] In the process of expanding the definition of what was a public use by incorporating public benefit or purpose analysis, the definition of public use became a legislative function. Thus, an action of a state administrative agency requires the authorization by the state legislature in order to further a public use"¹⁶.

Planejamento urbano hoje, é evidente, pressupõe muito mais do que a aludida burocracia entre quatro paredes. A epistemologia do planejamento deve levar em consideração, ao menos, seis fatores: diálogo, experiência, conhecimento do ambiente local, conhecimento apreciativo ou contemplativo, evidências simbólicas ou não-verbais e planejamento de ação¹⁷.

No que diz respeito ao conceito de "uso público", é o termo "público" que está constantemente em mutação: a cidade ideal "é uma política de inclusão fundamentada no entendimento de que existem *múltiplos públicos*, ou [...] um *público heterogêneo*"¹⁸.

13 BURKE, Barlow. *Understanding the Law of Zoning and Land Use Controls*. Newark: Lexis Nexis, 2002. p. 11/15.

14 A respeito da função social da propriedade, cf. FARIAS, Marcia. *Terras públicas: alienação e uso*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p. 94.

15 SANDERCOCK, Leonie. *Towards Cosmopolis: Planning for Multicultural Cities*. Chichester: John Wiley and Sons, p. 197.

16 BURKE, Barlow. *Understanding the Law of Zoning and Land Use Controls*. Newark: Lexis Nexis, 2002. p. 11, 15: Historicamente, o conceito de interesse público "vem de uma estrutura de referência da teoria política liberal em que especialistas desinteressados, trabalhando no âmbito de instituições do Estado-nação moderno, objetivam e racionalmente analisam um problema e alcançam uma solução de 'interesse público'. [O conceito] presumia a habilidade de um certo e escolhido grupo de especialistas posicionar-se fora dos processos sociais e decidir o que era melhor para todos".

17 SANDERCOCK, Leonie. Ob. cit., p. 82.

18 Idem, p. 197.

Inicialmente, a jurisprudência americana limitava o conceito de “uso público” ao “uso por todos”, ou “uso pelo público” (*Cole vs. City of LaGrange*), e a desapropriação que tomasse um imóvel particular para transferi-lo a outro particular era inaceitável (*Karesh vs. City Council*, em que o governo local tencionava desapropriar um imóvel para construção e exploração, por particulares, de um estacionamento e de um centro de convenções).

Sob a perspectiva de *urban renewal*¹⁹, contudo, o conceito de uso público passou a oferecer mais ampla compreensão. Isso porque essa função do planejamento urbano recorria, em grande extensão, à desapropriação da propriedade privada para regeneração de áreas urbanas desgastadas, transformando-as, na maioria das vezes, em desenvolvimentos de uso misto (residencial e comercial). Nos projetos de desenvolvimento, o órgão governamental ou a entidade sem fins lucrativos em parceria público-privada detinham a área desapropriada por curto período de tempo, repassando-a a outros particulares após subdividi-la.

4 DESAPROPRIAÇÃO PARA DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO NA JURISPRUDÊNCIA DA SUPREMA CORTE

“Few issues have captured the attention of state legislatures in recent years as dramatically as eminent domain has in the wake of last year’s U.S. Supreme Court ruling in *Kelo v. City of New London*. Various versions of eminent domain reform are or have been considered in 45 states. Proposals range from broad, constitutional prohibitions to procedural changes in the use of eminent domain. APA is closely monitoring state action on this important planning issue. [...] APA believes states, not the federal government, are the appropriate venue for redevelopment reform. Reform done right will guarantee fairness while benefiting communities. However, legislation must be carefully crafted to avoid unintended consequences that threaten to hobble the ability of local citizens to improve their neighborhoods and quality of life.”²⁰

A afirmação, feita no sítio da *American Planning Association* na Internet, é seguida de uma lista de projetos de lei estaduais provocados pela decisão da Suprema Corte no Caso Kelo. A importância atribuída a Kelo pela APA reflete a que juristas, políticos, funcionários públicos, engenheiros e arquitetos, e vários setores da sociedade civil, atribuíram à decisão.

19 Técnica de planejamento urbano praticada nos Estados Unidos, sobretudo entre o final da década de 40 do século passado e o início da década de 70, em que a desapropriação de imóveis de propriedade privada para implementação de projetos cívicos era amplamente utilizada. Também conhecido na Inglaterra como “*urban regeneration*”, essa função de planejamento urbano foi aplicada em cidades por todo o mundo.

20 Disponível em: <http://www.planning.org/legislation/eminent domain>.

Ambientalistas também estão preocupando-se com possíveis efeitos negativos do caso sobre o meio ambiente: o desenvolvimento propiciado por grandes empresas de construção e indústrias não pode competir, em termos financeiros (geração de receita de impostos e de empregos), com a preservação de áreas verdes, iniciativa, contudo, igualmente relevante.

A pergunta que se coloca é: Kelo, de fato, alterou tanto assim a jurisprudência da Suprema Corte? Em nosso ponto de vista não. A seguinte análise da jurisprudência aplicável ao caso demonstrará esta tese.

4.1 Berman vs. Parker

Em *Berman vs. Parker*, o apelante era proprietário de um imóvel comercial, no qual funcionava uma loja de departamentos. A propriedade em si não apresentava sinais de desgaste, mas localizava-se em uma área considerada desgastada²¹. O caso definiu o conceito de propósito público, em amplo sentido, a ser avaliado sob a perspectiva de cada caso concreto.

O Decreto de Redesenvolvimento do Distrito de Columbia, de 1945, foi considerado constitucional pela Suprema Corte, *"as applied to the taking of [the] appellants' building and land (used solely for commercial purposes) under the power of eminent domain, pursuant to a comprehensive plan prepared by an administrative agency for the redevelopment of a large area of the District of Columbia so as to eliminate and prevent slum and substandard housing conditions – even though such property may later be sold or leased to other private interests subject to conditions designed to accomplish these purposes"*²².

No caso em análise, assim votou o Ministro Douglas²³:

"Subject to specific constitutional limitations, when the legislature has spoken, the public interest has been declared in terms well-nigh conclusive. In such cases the legislature, not the judiciary, is the main guardian of the public needs to be served by social legislation, whether it is Congress legislating concerning the District of Columbia or the States legislating concerning local affairs. This principle admits of no exception merely because the power of eminent domain is involved. The role of the judiciary in determining whether that power is being

21 BURKE, ob. cit., p. 15.

22 O Decreto foi considerado constitucional "enquanto aplicado à desapropriação do imóvel construído do apelante e da área não construída (utilizados unicamente para fins comerciais), de acordo com um plano compreensivo preparado pela agência administrativa para o redesenvolvimento de uma extensa área do Distrito de Columbia, no intento de eliminar e prevenir favelas e condições de habitação inferiores – ainda que a propriedade possa adiante ser vendida ou alugada para outros interesses privados, sujeitos a condições designadas a atingir esses propósitos." *BERMAN vs. PARKER*, 348 U.S. 26 (1954).

23 William O. Douglas tomou assento em 17 de abril de 1939. Foi nomeado pelo Presidente Franklin Roosevelt e aposentou-se em 12 de novembro de 1975.

exercised for a public purpose is an extremely narrow one. [...] We do not sit to determine whether a particular housing project is or is not desirable. The concept of the public welfare is broad and inclusive. The values it represents are spiritual as well as physical, aesthetic as well as monetary. It is within the power of the legislature to determine that the community should be beautiful as well as healthy, spacious as well as clean, well-balanced as well as carefully patrolled. In the present case, the Congress and its authorized agencies have made determinations that take into account a wide variety of values. It is not for us to reappraise them. If those who govern the District of Columbia decide that the Nation's Capital should be beautiful as well as sanitary, there is nothing in the Fifth Amendment that stands in the way."²⁴

O requisito de uso público em Berman foi aplicado a toda a área em que o plano de *urban renewal* estava sendo desenvolvido. O fato de que o lote comercial em que a loja de departamentos estava localizada não apresentava desgaste não foi considerado pela Corte, que *rejeitou o argumento de que o requisito de uso público deva ser satisfeito imóvel a imóvel*²⁵: *"If owner after owner were permitted to resist these redevelopment programs on the ground that his particular property was not being used against the public interest, integrated plans for redevelopment would suffer greatly. The argument pressed on us is, indeed, a plea to substitute the landowner's standard of the public need for the standard prescribed by Congress. But as we have already stated, community redevelopment programs need not, by force of the Constitution, be on a piecemeal basis – lot by lot, building by building"*²⁶.

24 "Sujeito a limitações constitucionais específicas, quando o Poder Legislativo já deliberou, o interesse público foi declarado em termos bastante conclusivos. Em casos que tais, o Legislativo, não o Judiciário, é o maior guardião das necessidades públicas a serem servidas pela legislação social, seja quando o Congresso legisla para o Distrito de Columbia, seja quando os Estados legislam a respeito de assuntos locais. Esse princípio não admite nenhuma exceção meramente porque o poder de desapropriação está em questão. O papel do Judiciário em determinar se o poder [de desapropriação] está sendo exercido para um propósito público é extremamente estreito. [...] Nós não nos sentamos para determinar se um projeto de habitação em específico é ou não desejável. O conceito de bem-estar público é amplo e inclusivo. Os valores por ele representados são espirituais tanto quanto físicos, estéticos tanto quanto monetários. É no âmbito desse poder que o Legislativo determinará se a comunidade deve ser bonita, além de saudável; espaçosa, além de limpa; equilibrada, além de cuidadosamente patrulhada. No caso presente, o Congresso e as agências autorizadas tomaram deliberações que consideram uma grande variedade de valores. Não é nosso papel reavaliá-las. Se aqueles que governam o Distrito de Columbia decidem que a Capital da Nação deve ser bonita, além de sanitária, não há nada na Quinta Emenda que o impeça." (BERMAN vs. PARKER).

25 BERMAN vs. PARKER.

26 "Se proprietário após proprietário fossem autorizados a resistir os programas de redensolvimento sob o argumento de que o seu imóvel em particular não estava sendo usado contra o interesse público, os planos integrados para redensolvimento sofreriam enormemente. Mas, como já afirmado, programas de redensolvimento econômico não necessitam, pela força da Constituição, ser em fatias – lote por lote, prédio por prédio."

BERMAN serve de reforço à teoria segundo a qual, em termos de poder de polícia, inclusive em matéria de desapropriação, não deve o Poder Judiciário analisar o mérito do ato administrativo, no que pertine à maior ou menor conveniência de sua prática para o bem-estar comum, substituindo-se o Poder Legislativo pelo Poder Judiciário. O caso demonstra, ainda, que a organização e o planejamento da cidade cabem ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo; e que particulares que sejam proprietários de imóveis em áreas objeto de projetos de desenvolvimento econômico (incluindo-se, nesse conceito, habitação digna), não podem opor seu direito ao plano elaborado pelo Poder Público, ainda que seus imóveis sirvam, isoladamente, a um propósito público *lato sensu* (geração de empregos e de impostos; embelezamento da área combatida, etc.).

4.2 Hawaii vs. Midkiff

A terra, no Estado do Havaí, era concentrada nas mãos de poucos, que alugavam suas propriedades. O Poder Legislativo local tencionou requerer aos proprietários que vendessem suas terras aos inquilinos, mas, devido à forte carga tributária federal, os proprietários recusaram-se a vender suas terras. Entretanto, ao desapropriar os imóveis, o Poder Legislativo tornaria as vendas involuntárias, reduzindo, assim, as conseqüências tributárias. Como a mediação falhara no processo de venda, os proprietários ajuizaram a ação, requerendo que a norma que permitiu a desapropriação das terras fosse considerada inconstitucional.

O Tribunal de Primeira Instância temporariamente obistou o Estado a proceder contra as propriedades privadas. Em dezembro de 1979, o Tribunal declarou que os objetivos da norma encontravam-se nos limites do poder de polícia, e que os meios que o Estado havia escolhido para alcançar esses objetivos não eram arbitrários, capciosos ou escolhidos de má-fé²⁷.

O Tribunal de Apelação (*Court of Appeals*) considerou a norma como “a naked attempt on the part of the the state of Hawaii to take the private property of A and transfer it to B solely for B's private use and benefit”²⁸.

A Corte Suprema decidiu que a norma havaiana era constitucional, porque objetivava corrigir deficiências no mercado imobiliário, e essa era uma hipótese de “uso público”, legitimadora, portanto, da desapropriação proposta.

4.3 Poletown Neighborhood Council vs. City of Detroit

Em Poletown, a Suprema Corte do Estado de *Michigan* examinou um caso de redensenvolvimento urbano na cidade de Detroit. Poletown Neighborhood

27 Citação extraída do voto da Ministra O' Connor.

28 Idem: “Uma tentativa explícita da arte do Estado do Havaí de tomar a propriedade privada de A e transferi-la a B unicamente para seu próprio uso privativo e benefício”.

Council, uma associação civil, e mais dez residentes da região de Poletown, em Detroit, ajuizaram ação contra a cidade de Detroit e sua Empresa de Desenvolvimento Econômico (*Economic Development Corporation*) para obstar a desapropriação de terras que seriam posteriormente transferidas à General Motors Corporation para a construção de novas fábricas de montagem em linha.

O caso discute a questão de se os governos locais podem desapropriar imóveis para depois transferi-los a uma empresa privada em nome de desenvolvimento econômico. A Corte decidiu que o uso do instituto da desapropriação – *eminent domain* – para fins de redensolvimento econômico é legítimo, ainda que, ao fim e incidentalmente, a empresa também aufera benefícios. Poletown reafirma que o benefício público há de ser claro e significativo, mas não necessariamente garantido.

O voto dissidente no processo, proferido pelo Ministro Fitzgerald²⁹, argumenta no sentido de que, no caso em análise, a transferência de propriedade à General Motors, após o decreto expropriatório, não poderia ser considerada incidental em relação à desapropriação, porque fora justamente por meio da aquisição e do uso da propriedade por parte da General Motors que o “propósito público” de promover novos empregos seria atingido. O voto também menciona que a jurisprudência citada na discussão do processo (referente a casos nas Cortes de Maryland e de Minnesota) não guardava identidade com Poletown porque, em Poletown, a localização da propriedade não fora escolhida pelo município, mas, ao contrário, indicada como desejável pela General Motors³⁰. Argui-se, em contraposição a esse entendimento, que as observações do voto dissidente são irrelevantes, porque o projeto de redensolvimento deve estar muito bem estruturado e seguir uma série de formalidades, bem como ser discutido em diferentes fóruns e arenas; a localização da propriedade, ainda, não é aprovada se não apresentar relevantes benefícios ao redensolvimento, independentemente de quem a define ou sugere.

4.4 County of Wayne vs. Edward Hatchcock

Neste caso, a Suprema Corte do Estado de Michigan reverteu seu entendimento em relação a Poletown, adotando interpretação mais restrita da cláusula *takings* na Constituição Estadual, ao contrário de sua deliberação em Poletown, em que a inconstitucionalidade argüida fora em relação à Constituição Federal.

O caso em foco tratava de uma renovação do Aeroporto Metropolitano no condado de Wayne, a qual envolvia a aquisição de propriedades lindeiras, por meio de um processo voluntário. Nem todos os proprietários, contudo,

29 Ryan Fitzgerald, Ministro da Suprema Corte do Estado de Michigan.

30 Poletown Neighborhood Council vs. City of Detroit, 410 Mich. 616.

aderiram ao programa voluntário, e as terras adquiridas resultaram num formato de tabuleiro de xadrez, o que tornou a continuidade do projeto impossível. Assim, o condado precisou iniciar uma série de desapropriações.

A Suprema Corte de Michigan estabeleceu três testes no corpo dessa decisão para determinar se as desapropriações para fins de desenvolvimento econômico seriam admissíveis.

Primeiramente, “necessidade pública extrema”³¹ deve requerer uma ação coletiva.

Em segundo lugar, a propriedade adquirida por meio de desapropriação deve permanecer sob a supervisão do município após transferência a uma entidade privada (com cláusula de aplicação ao projeto, por exemplo). Por último, a propriedade deve ser selecionada em consideração a “fatos de significância pública independente”³², e não escolhida pela entidade privada beneficiária.

Como Hatchcock apresentara restrições inexistentes na jurisprudência relativamente ao uso de *eminent domain* para fins de desenvolvimento econômico, a atenção da comunidade jurídica, do setor público, dos defensores do direito de propriedade, dos planejadores urbanos e da sociedade como um todo voltou-se a Kelo, com todo interesse, quando o caso subiu à Suprema Corte.

5 URBAN RENEWAL E DESENVOLVIMENTO URBANO

Urban renewal, conceito já definido acima, é processo de larga escala que objetiva eliminar decadência por meio de *eminent domain* (espécie de desapropriação). Uma das mais fervorosas críticas de *urban renewal*, nos anos 50, foi Jane Jacobs, escritora e ativista, falecida em 25 de abril de 2006. “*My attack*”, escreveu ela, “[...] is based on the principles and aims that have shaped modern, orthodox city planning and rebuilding. [...] There is a wistful myth that if only we had enough money to spend [...] we could wipe out all our slums in ten years, reverse decay in the great, dull, gray belts that were yesterday’s and day-before-yesterday’s suburbs, anchor the wandering middle class and its wandering tax money, and perhaps even solve the traffic problem”³³.

31 *Public necessity of the extreme sort.*

32 *Facts of independent public significance.*

33 JACOBS, Jane. *The Death and Life of Great American Cities*. New York: Vintage Books, Random House, Inc., 1961. p. 4.

“Minhas críticas [...] estão baseadas nos princípios e objetivos que deram forma ao moderno e ortodoxo planejamento urbano [...] Há um mito esperançoso de que se apenas nós tivéssemos dinheiro suficiente para gastar [...], então poderíamos acabar com todas as favelas em dez anos; reverter a decadência no grandes e cinzentos cinturões que foram ontem e antes-de-ontem nossos subúrbios; ancorar a classe média viajante e sua receita tributária viajante; e talvez até resolver o problema do trânsito.”

Eminent domain é ferramenta utilizada em projetos de *urban renewal* para desenvolvimento econômico, para revitalizar bairros em decadência e para a expansão de serviços governamentais voltados à comunidade. Alguns exemplos do uso dessa ferramenta em projetos urbanos nos Estados Unidos incluem:

- o Lincoln Center for the Performing Arts (Nova Iorque);
- a revitalização do Times Square (Nova Iorque);
- o complexo do Boston Convention and Exhibition Center (Boston);
- a revitalização da região de baixa-renda de Dudley Street (Boston).

Community Development (desenvolvimento comunitário) é o conceito que tomou forma em contraposição ao *urban renewal*. Nesse diapasão, o governo federal criou, em 1974, o *Community Development Block Grant* (CDBG), um programa de governo que oferece recursos financeiros às comunidades para a resolução de uma vasta gama de problemas urbanos. O programa é gerido pelo *Department of Housing and Urban Development* (HUD), aproximadamente o equivalente ao Ministério das Cidades brasileiro. Os recursos públicos são repassados por meio de uma fórmula especificada em norma federal a 1180 unidades de governo local (municípios ou consórcios de municípios) e estadual.

O desenvolvimento comunitário é fomentado de várias formas. Uma delas é por meio de regeneração com base em uma determinada cultura, ou seja, o desenvolvimento baseado em um grupo cultural ou étnico (“bairros étnicos”). Outra forma de abordar o desenvolvimento é a partir de um determinado evento revitalizador, como os Jogos Olímpicos, a Copa do Mundo, o Carnaval. Recentemente, nos Estados Unidos, torna-se popular o redesenvolvimento centrado em projetos de uso misto (residencial e comercial) em torno de pontos de trânsito de grande circulação (como estações de trem ou metrô)³⁴.

6 DESDOBRAMENTOS DO CASO KELO

Kelo foi estampado em todas as manchetes. Alguns argumentam que a Corte Suprema decidiu o caso mal, por uma série de razões diferentes. E por razões diferentes este estudo busca demonstrar que o caso não apresenta modificação no pensamento da Corte, no que diz respeito à cláusula *takings* ou à aplicação da Quinta Emenda. Os argumentos mais utilizados

34 Um bom exemplo desse tipo de projeto é o que está sendo construído em torno da estação de metrô de Woodland, na linha verde do Massachusetts Transit Authority (MBTA), com previsão de residências, escritórios, lojas e estacionamento. Tais projetos têm forte apelo ambiental, pois diminuem o trânsito de veículos, ao colocar moradores, empregos e serviços próximos uns dos outros, e promove, ainda, uma série de direitos civis, como justiça ambiental e moradia para pessoas de baixa e média renda.

por aqueles que se opõem à decisão majoritária da Suprema Corte são a seguir demonstrados e refutados.

- Kelo favorece um sistema perverso em que propriedades privadas de pessoas de baixa e média renda e de minorias são entregues a poderosos:

O primeiro argumento assacado contra a decisão da Suprema Corte é que os mais prejudicados por ela serão os economicamente frágeis; ou que os maiores beneficiários da decisão serão provavelmente os cidadãos de desproporcionada influência e poder no processo político decisório, neste conceito incluídos grandes empresários e construtoras³⁵.

Sob a perspectiva socioeconômica, o desenvolvimento comunitário, tal como praticado hoje, não irá surtir os efeitos temidos pelos defensores do direito de propriedade. O processo judiciário envolveu apenas 15 propriedades, embora o projeto inteiro englobasse 90 acres de terra urbana. Essas 15 propriedades, como já mencionado, pertenciam a 9 peticionários – que não constituíam necessariamente famílias de baixa renda ou minorias; é de lembrar que 5 das propriedades eram mantidas a título de investimento. É importante relembrar que a aquisição de propriedade por meio de desapropriação é mais onerosa, política e economicamente, do que a aquisição direta, sempre preferida. A especulação imobiliária que muitos temem, portanto, provavelmente não se concretizará³⁶.

A American Planning Association – APA, um dos *amicus curiae* no caso Kelo, em apoio aos recorridos, assim se manifestou: “*Communities should use incentives – such as increased development densities and favorable zoning policies – as their primary redevelopment tool, and should resort to eminent domain only as a tool of last resort when incentives are insufficient to implement redevelopment plans*”³⁷.

O argumento de que a propriedade privada agora está muito mais vulnerável nos Estados Unidos, que será tomada à força de uns para ser dada a outros, no objetivo de aumentar a receita de impostos para o governo, é exagerado, e não pode ser atribuído a Kelo. Isso porque, como a *Trial Court* (o Tribunal *a quo*) concluiu, o fato de a Pfizer ter sido beneficiada não pode ser considerado como a motivação principal ou mesmo o efeito do projeto de redensolvimento. Essa motivação e esse efeito foram, na verdade, a vantagem que o governo local vislumbrou em auferir vantagem para a

35 ORME, Christian M. *Kelo v. New London*: An Opportunity Lost to Rehabilitate the Takings Clause. 6 Nev. L.J. 272.

36 Disponível em: <http://www.planning.org/amicusbriefs/pdf/kelo.pdf>.

37 Idem: “As comunidades devem usar incentivos – tais como densidades de desenvolvimento maiores e políticas de zoneamento mais favoráveis – como suas ferramentas primárias de redensolvimento, e devem recorrer à desapropriação apenas como uma ferramenta de último recurso, quando os incentivos forem insuficientes para implementar os planos de redensolvimento”.

população de New London, como um todo, do interesse manifestado pela empresa em estabelecer-se na área de North Trumbull.

- Os governos municipais (locais) e estaduais agora sentir-se-ão à vontade para utilizar amplamente o *eminent domain* em seus projetos de desenvolvimento econômico:

Os que imaginaram que a decisão da Suprema Corte serviria de incentivo para que os governos locais e estaduais se sentissem livres a forçar cidadãos americanos a abrir mão de suas propriedades, conquistadas a duras penas, erraram, de longe, em suas previsões³⁸. Na verdade, exatamente o oposto ocorreu: os Legislativos estaduais correram a propor e a aprovar leis protetoras da propriedade privada nos limites de seus Estados.

Até a data de 17 de agosto de 2006, em que este artigo foi submetido a publicação, a legislação restritiva do uso de *eminent domain* nos Estados encontrava-se assim³⁹:

- Estados que já tiveram leis e emendas constitucionais promulgadas: Alaska, Colorado, Florida, Georgia, Idaho, Illinois, Indiana, Iowa, Kansas, Kentucky, Louisiana, Maine, Minnesota, Missouri, Nebraska, New Hampshire, Pennsylvania, South Carolina, South Dakota, Tennessee, Utah, Vermont, West Virginia e Wisconsin (24 Estados);
- Estados aguardando sanção ou veto do Governador: North Carolina;
- Estados em que tais normas foram vetadas pelo Governador: Arizona, Iowa e New Mexico;
- Estados em que a proposta legislativa foi aprovada em uma das Casas mas ainda não na outra: New Jersey;
- Estados em que propostas legislativas restritivas foram abortadas nas comissões legislativas: Alabama, Connecticut, Havaí, Maryland, Mississippi, Nova Iorque, Oklahoma, Rhode Island, Virginia, Washington, Wyoming (11 Estados);
- Estados em que propostas legislativas foram introduzidas: Califórnia, Massachusetts, Ohio⁴⁰.

O Legislativo Federal também passa por um momento de reflexão. Muitas propostas legislativas foram apresentadas em ambas Casas, mas a

38 Cf., a título de exemplo, FUHRMEISTER, Ashley J.: *In the name of economic development: reviving "public use" as a limitation on the eminent domain power in the wake of Kelo v. City of New London*. 54 *Drake Law Rev.*, 71.

39 Disponível em: http://www.planning.org/legislation/eminentdomain/e_dlegislation.htm#1.

40 Total de Estados que já propuseram propostas administrativas (aprovadas, rejeitadas, em curso, abortadas): 43, de um total de 50.

iniciativa principal é da Câmara, H.R. 4128, de autoria do Deputado James Sensenbrenner (Republicano de Wisconsin). Essa proposta, aprovada em novembro de 2005 por 376 votos a 38, foi encaminhada à Comissão Judiciária no Senado. A norma proposta busca limitar o uso do instituto de *eminent domain* de forma contundente: o Estado ou municipalidade que promover, por meio de desapropriação, a transferência de propriedade de um particular a outro não receberá verbas do governo federal para desenvolvimento econômico por dois anos⁴¹.

O Congresso já aprovou outra proposta legislativa a respeito do assunto. Trata-se de uma emenda a uma Lei Federal (PL 109-115) que proíbe o uso de verbas federais apropriadas nos termos da lei para projetos de desenvolvimento econômico que beneficiem, *primordialmente*, particulares. A norma, promulgada em 30 de novembro de 2005, determina, ainda, a realização de estudos pelo General Accountability Office – GAO sobre o uso de *eminent domain* para fins de desenvolvimento econômico, conferindo ao órgão um ano para apresentação de seu relatório (novembro de 2006)⁴². As conclusões do GAO serão de suma relevância para o destino do emprego do instituto de desapropriação para fins de desenvolvimento econômico, e, ainda, para a definição do conceito de interesse público. O relatório do GAO, contudo, só estará disponível após sua apresentação ao Congresso⁴³.

- O governo proponente de um plano de redensenvolvimento deve apresentar prova de que o plano terá sucesso:

No que diz respeito à necessidade de prova do sucesso projetado de um plano de redensenvolvimento, a decisão concluiu que o governo local fez uma séria projeção dos benefícios esperados, e submeteu-se a todas as regras e condições necessárias. Mais certeza do que isso seria exigência irracional, o que, por si só, causaria uma incerteza.

- A decisão é contrária à jurisprudência anterior:

No que diz respeito à jurisprudência envolvida, *Hatchcock* pode ter induzido expectativas que levaram a um horizonte de mudança na jurisprudência da Suprema Corte, relativamente à desapropriação (*physical takings*) e ao conceito de uso ou interesse público (*public use requirement*). Muitos aguardavam, em *Kelo*, uma decisão por testes (*tests-like decision*), tal como ocorreu em *Hatchcock*. A frustração que se sucedeu provocou uma comoção sem precedentes na história recente de decisões da Suprema Corte em casos de direito administrativo.

41 “*Kelo and Counting*”, *Planning*, American Planning Association, v. 72, nº 6, junho de 2006, p. 27-28.

42 *Idem*, p. 28.

43 Além disso, o GAO não está sujeito ao FOIA Act (*Freedom of Information Act*), como os demais Ministérios e Agências do governo.

CONCLUSÃO

Kelo não alterou décadas de precedentes da Suprema Corte, mas consolidou o entendimento da Corte a respeito do conceito de interesse público, motivo pelo qual definitivamente merece a discussão que promoveu. A decisão é também um marco para o planejamento urbano: o voto do Relator menciona a palavra *plan* (plano, projeto), ou termos equivalentes mais de quarenta vezes. O voto enfatiza ainda o quanto a excelência no planejamento é fundamental para o uso constitucional do instituto de desapropriação (*eminent domain*)⁴⁴.

Outra consequência importante da decisão refere-se ao papel de planejadores urbanos e funcionários públicos em decisões pertinentes ao desenvolvimento e ao planejamento da cidade. Um projeto bem feito e tendo como fim o interesse público (em seu sentido lato) é capaz de justificar os diferentes meios empregados pelo governo na aquisição de terras.

Por fim, é preciso lembrar que a revitalização de áreas economicamente destruídas por meio de projetos de redensolvimento econômico e aquisição de propriedades é prática comum fora dos Estados Unidos. Projetos de redensolvimento urbano por meio de desapropriações foram executados com sucesso em Berlin, Wittenberg, Ruhr, Nuremberg e Munique (Alemanha); em Utrecht (Holanda) e em Viena (Áustria), dentre outras cidades⁴⁵.

No Brasil, o Caso Kelo pode ser aplicado a uma série de ações e projetos de governo. O conceito de interesse público, na hipótese do planejamento urbano e relativamente ao desenvolvimento econômico, traduz-se num propósito de revitalização, de acordo com criterioso planejamento dos setores governamentais envolvidos, desde que as audiências públicas previstas sejam amplamente divulgadas e haja, de fato, participação da sociedade. Essa participação, contudo, não conduzirá, necessariamente, à conclusão do Poder Público, mas deverá ser considerada no processo decisório. As sugestões oferecidas, acatadas ou não, deverão merecer, nas decisões adotadas, justificativas claras e precisas. Por fim, o caso merece ainda estreita observação, sobretudo no que diz respeito às informações e conclusões que vierem a ser apresentadas no relatório do GAO.

44 DOWLING, TIMOTHY, et al. *The good news about takings*. Chicago: American Planning Association, 2006. p. 44.

45 KUSHNER, James. *Comparative Urban Planning Law: An Introduction to Urban Land Development Law in the United States through the Lens of Comparing the Experience of Other Nations*. Durham, North Carolina: Carolina Academic Press, p. 425-446.