

O Direito e a economia das desapropriações: as contribuições da economia comportamental e da teoria dos prospectos para a definição do valor da justa compensação

ANTONIO JOSÉ MARISTRELLO PORTO

Doutor e Mestre em Direito pela *University of Illinois* (EUA). Vice-Diretor e Professor da Escola de Direito (FGV – Rio).

PAULO FERNANDO DE MELLO FRANCO

Doutor em Direito (UFF). Mestre em Direito (UNIRIO). Professor Substituto de Direito do Consumidor (FGV – Rio).

THIAGO CARDOSO ARAÚJO

Doutor em Teoria do Direito e Mestre em Direito Público (UERJ). Professor da Escola de Direito (FGV – Rio).

Artigo recebido em 19/5/2022 e aprovado em 18/7/2022.

SUMÁRIO: 1 *Introdução* • 2 *Os takings do Estado e a desapropriação propriamente dita: uma revisão de literatura* • 3 *O valor justo da indenização de uma desapropriação: a ineficiência do valor de mercado e a necessidade de remuneração da perda da capacidade de barganha* • 4 *Conclusão* • 5 *Referências*.

RESUMO: A desapropriação, de caráter supressivo, é a mais drástica das formas de intervenção do Estado na propriedade privada e, como contrapartida, pressupõe, necessariamente, o pagamento de uma indenização justa e prévia. Não é difícil entender o que é uma indenização prévia, mas não é nada fácil compreender o que é uma indenização justa. O artigo se propõe a aprofundar o debate acerca da justa compensação, invocando, para tanto, a Análise Econômica do Direito e a economia das desapropriações como pano de fundo. Em um cenário de altos custos de transação, como é o caso, em geral, das desapropriações, a indenização é o remédio jurídico adequado para alocar os direitos jurídicos e econômicos de propriedade. Contudo, essa alocação só é verdadeiramente eficiente quando há uma compensação justa. A maior intensidade com que perdas são sentidas em comparação com os ganhos e a supressão da capacidade de barganha dos proprietários particulares, já que, em uma desapropriação, inexistem vendedores desejosos, devem ser adequadamente

calculadas para fins de justiça e eficiência das indenizações em desapropriações, sendo a mediação e, mais precisamente, a arbitragem os mecanismos jurídicos aptos a reduzir os custos de transação a fim de que se consiga quantificar a equação do valor justo de uma desapropriação.

PALAVRAS-CHAVE: Desapropriação • Justa Compensação • Intervenção do Estado na Propriedade Privada • Análise Econômica do Direito.

Law and economic of eminent domain: the contributions of behavioral economics and prospects theory to the definition of just compensation

CONTENTS: *1 Introduction • 2 State takings and the eminent domain itself: a literature review • 3 Fair compensation value of an eminent domain: the inefficiency of the market value and the need for a compensation for the loss of bargaining power • 4 Conclusion • 5 References.*

ABSTRACT: Eminent Domain, and its suppressive nature, is the most drastic Public intervention in a private property and, as a counterpart, it necessarily presupposes the payment of a fair and prior compensation. It is not difficult to understand what a prior compensation is, but it is not easy to understand what a fair value is. The paper proposes to deepen the debate about fair compensation, invoking, for that purpose, the Economic Analysis of Law and the economics of expropriations as a background. In a scenario of high transaction costs, as is generally the case with eminent domain, compensation is the appropriate legal remedy for allocating legal and economic property rights. However, this allocation is only truly efficient when there is fair compensation. The great intensity with which losses are felt compared to gains and the suppression of the bargaining power of private owners, since in an expropriation there are no willing sellers, must be properly calculated for the purposes of justice and efficiency of compensation in eminent domain, mediation and, more precisely, arbitration are the legal mechanisms capable of reducing transaction costs in order to quantify the equation of the fair value of a public expropriation.

KEYWORDS: Eminent Domain • Just Compensation • Public Intervention in Private Property • Economic Analysis of Law.

Derecho y economía de las expropiaciones: los aportes de la economía del comportamiento y de la teoría de los prospectos a la definición de la compensación justa

CONTENIDO: *1 Introducción • 2 Expropiaciones estatales y la expropiación en sí: una revisión de la literatura • 3 El valor justo de la compensación por una expropiación: la ineficiencia del valor de mercado y la necesidad de compensar la pérdida de poder de negociación • 4 Conclusión • 5 Referencias.*

RESUMÉN: La expropiación, de carácter represiva, es la forma más drástica de intervención del Estado en la propiedad privada y, como contrapartida, presupone necesariamente el pago de una justa y previa indemnización. No es difícil entender qué es una indemnización previa, pero no es fácil entender qué es una indemnización justa. El artículo se propone profundizar en el debate sobre la justa indemnización, invocando, para ello, como trasfondo el Análisis Económico del Derecho y la economía de las expropiaciones. En un escenario de altos costos de transacción, como suele ser el caso de las expropiaciones, la compensación es el remedio legal adecuado para la asignación de derechos legales y económicos a la propiedad. Sin embargo, esta asignación solo es verdaderamente eficiente cuando existe una compensación justa. La mayor intensidad con que se sienten las pérdidas frente a las ganancias y la supresión del poder de negociación de los propietarios privados, ya que en una expropiación no hay vendedores dispuestos, debe calcularse debidamente a los efectos de la justicia y eficacia de la indemnización en las expropiaciones, la mediación y, más precisamente, el arbitraje son los mecanismos legales capaces de reducir los costos de transacción para cuantificar la ecuación del valor justo de una expropiación.

PALABRAS CLAVE: Expropiaciones • Compensación Justa • Intervención del Estado en la Propiedad Privada • Análisis Económico del Derecho.

1 Introdução

Notadamente compromissória, nossa Constituição da República de 1988 tem o costume de dispor, em um mesmo dispositivo, sobre regras e princípios aparentemente antagônicos. É o que acontece, por exemplo, com o art. 5º, da CF/1988, que, ao mesmo tempo em que garante, no inciso XXII, o direito de propriedade como direito fundamental, prevê, no inciso XXIV, em sentido oposto, *mas com o mesmo patamar constitucional* (FRANCO, 2015, p. 213-241), a possibilidade de que o Estado promova, por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, a desapropriação de propriedades privadas. O embate se intensifica quando adicionamos a função social (e a econômica) da propriedade como motivo também idôneo para, conforme o art. 182, § 4º, da CF/1988, endossar uma *desapropriação como política pública* de desenvolvimento urbano (BRASIL, 1988).

A fim de tornar compatíveis os direitos (ou deveres, no plural) de propriedade com os direitos de desapropriação que implicam perda da propriedade privada, a CF/1988 condicionou, via de regra¹, que uma desapropriação pressupusesse o pagamento de uma indenização necessariamente prévia, justa e em dinheiro. Não parece ser difícil compreender o que é uma indenização prévia e em dinheiro², mas é difícil entender o que é uma indenização justa e delimitar a definição do conteúdo jurídico e econômico de valor justo.

Há quem defenda que valor justo é sinônimo de valor de mercado. Há quem entenda que valor justo equivale a valor venal. Há, contudo, pouco consenso e, a nosso sentir, a discussão tornou-se demasiadamente circular, a ponto de ignorar a existência de outras possíveis soluções. Valor justo, a nosso ver, é um valor que não coincide com os dois critérios anteriores. Acreditamos que, como já dissemos em outra oportunidade (FRANCO, 2020, p. 185-214), o valor justo de uma

1 Dissemos *via de regra* porque há situações nas quais a própria Constituição extinguiu ou abrandou o direito à indenização prévia, justa e em dinheiro. É o que se dá no caso dos arts. 182, § 4º, III; art. 184 e 243, todos da CF.

2 Percebe-se que mesmo a questão da indenização *prévia e em dinheiro* gera discussões consoante o reconhecimento de Repercussão Geral (e, pois, de relevância econômica, social e jurídica para a discussão), pelo Supremo Tribunal Federal, para finalmente decidir se, inexistindo acordo na fase administrativa de uma desapropriação entre o Estado e o Particular, se a apuração de eventual diferença entre o valor oferecido pelo Estado e o reconhecido em sentença deve ou não ser pago diretamente em dinheiro (como, em tese, determina a CF) ou mediante precatório (como também positiva a CF, em seu art. 100).

indenização em uma desapropriação deveria corresponder ao valor de mercado (da propriedade que o Estado desapropriou ou visa desapropriar) + X , sendo X um valor adequado para compensar a perda da capacidade de barganha daquele que, contra a sua vontade (ou independente dela), se viu tolhido de seus direitos jurídicos e econômicos de propriedade (BARZEL, 1997, p. 3). A questão é: como mensurar (de modo justo e eficiente) a variável X da equação *Valor de Mercado* + X a fim de que os desapropriados se sintam indiferentes à desapropriação e à consequente perda de seus direitos (jurídicos e econômicos) de propriedade?

Os mecanismos alternativos de solução de conflitos (e o consensualismo aplicado à administração pública), associados às contribuições teóricas e práticas da economia comportamental, talvez nos deem uma possível resposta. O direito administrativo precisa ser *um direito da consensualidade, em vez de um direito da imperatividade*, especialmente quando o que se pretende discutir é a justeza de um valor de indenização cujo dever de indenizar se origina da mais drástica das intervenções do Estado na propriedade privada (dos *takings*), que é a desapropriação.

Neste artigo, valendo-nos da metodologia de pesquisa bibliográfica, destacaremos, a partir de uma revisão de literatura e da análise de algumas normas e jurisprudências selecionadas do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, como a utilização da mediação e da arbitragem, como mecanismo de *Alternative Dispute Resolution (ADR)*, pode ser um bom caminho para que consigamos encontrar o X da questão e, pois, o valor justo (e eficiente) de uma indenização em desapropriações, com base em uma análise também econômica do Direito.

Para tanto, no Capítulo 2, trataremos dos aspectos jurídicos e também econômicos de uma desapropriação, ocasião em que faremos uma revisão de literatura do Direito e da Economia acerca da intervenção supressiva do Estado na propriedade privada, do domínio eminente, dos *takings* estatais e da *just compensation* que lhes é inerente, ocasião em que abordaremos alguns casos norte-americanos, entre eles o famoso caso *Kelo vs. New London*, como propulsor de um debate sobre o alcance da expressão *uso público do eminent domain* e do valor justo como equivalente jurídico da economia das desapropriações. Em seguida, no Capítulo 3, justificaremos o porquê do acréscimo da variável X ao valor de mercado como medida de justiça e eficiência à descoberta do valor justo de uma desapropriação, o que estudaremos a partir dos Princípios do Equador e da economia comportamental, na perspectiva da teoria dos prospectos (KAHNEMAN; TVERSKY, 1979). Questionaremos, nessa oportunidade, se a eliminação dos direitos

jurídicos e econômicos de propriedade tende a produzir nos desapropriados os mesmos impactos, em termos de intensidade, de uma aquisição de direitos ou acréscimo patrimonial, quando então explicaremos o porquê do descompasso entre a percepção das perdas e dos ganhos e como isso deveria refletir no cálculo das indenizações em desapropriações. Ainda no Capítulo 3, aprofundaremos os institutos da mediação e da arbitragem como mecanismos redutores de custos de transação, sendo certo que, em situações de *takings* estatais, os custos de transação são, comumente, altos o bastante para obstar uma barganha. Diante disso, analisaremos sua aplicabilidade em uma desapropriação para fins de definição do valor de *X*, o que se mostra relevante e atual diante da publicação da relativamente recente Lei nº 13.867/2019 que, ao alterar o septuagenário Decreto-Lei nº 3.365/1941, oportunizou a via mediadora e arbitral para que se defina o valor justo de uma desapropriação. Finalmente, concluiremos no Capítulo 4.

2 Os *takings* do Estado e a desapropriação propriamente dita: uma revisão de literatura

O instituto da desapropriação é uma das formas pelas quais o Estado intervém, de modo drástico e supressivo, na propriedade privada. E, por esse motivo, neste Capítulo trataremos dos limites da intervenção do Estado nos direitos privados de propriedade – os chamados *takings* –, o que faremos a partir da revisão de literatura das obras seminais de Stern (2019) e de Miceli e Segerson (1994).

Em *Regulatory Takings*, Miceli e Segerson (1994, p. 749-776) questionam qual deve ser o limite para que o Estado interfira, ainda que com vocação regulatória, em uma propriedade privada. Portanto, discutir a amplitude de uma desapropriação é, em última análise, uma discussão sobre constitucionalismo e sobre os limites dos poderes do Estado.

Miceli e Segerson (1994) indagam se todo e qualquer *taking* estatal deveria pressupor o pagamento de uma indenização. Justificam tal pergunta porque, ao passo que nas desapropriações típicas – aqui compreendidas como aquelas nas quais há apreensão física da propriedade privada pelo Estado – não há muitas dúvidas acerca do cabimento de indenização, o mesmo não se pode dizer das desapropriações atípicas – como é o caso, *e.g.*, de uma desapropriação indireta – nas quais não há apreensão física, corpórea da propriedade privada, mas o Estado atua de modo a infirmar o conteúdo econômico dos direitos de propriedade a ela inerentes (PORTO; FRANCO, 2016, p. 207-232).

Nesse sentido, Miceli e Segerson (1994) debruçaram-se sobre o caso *Lucas vs. South Carolina Coastal Council*³. No caso em comento, Lucas, que tinha adquirido um terreno à beira-mar na Carolina do Sul e, pretendendo construir algumas casas, se viu surpreendido pelo *Beachfront Management Act*⁴, uma nova regulação que passou a proibir a alteração da paisagem da costa da região, o que obstaria a construção das casas e, pois, o empreendimento do proprietário particular. Diante do esvaziamento econômico dos seus direitos de propriedade, Lucas demandou em juízo o Estado requerendo uma indenização porque, segundo ele, o *Beachfront Management Act* seria formalmente um *Act*, mas materialmente uma desapropriação – o que, de acordo com a Quinta Emenda da Constituição dos EUA, pressupunha, necessariamente, um dever de indenizar por parte do Estado. Em um primeiro momento, a Suprema Corte da Carolina do Sul negou o direito à indenização sob o argumento de que a regulação promovida pelo *Beachfront Management Act* era manifestação do exercício legítimo da polícia administrativa estatal, visto que visava a tão só proteger um bem ou interesse público valioso. Contudo, a Suprema Corte dos EUA reverteu a decisão, impôs indenização e aperfeiçoou o debate acerca dos *regulatory takings*, endossando a literalidade da Quinta Emenda, segundo a qual, “*nor shall private property be taken for public use, without just compensation*”.

Miceli e Segerson (2007) preocuparam-se com os contornos jurídicos e econômicos das desapropriações porque o *trade-off* em questão está no problema do risco moral associado ao pagamento de indenizações por todo e qualquer *taking* do Estado e no risco de excesso de regulação expropriatória sem indenização alguma. Como, então, ser justo e eficiente em matéria de desapropriação?

Mas poderia ser questionado: quais os limites do *eminent domain* do Estado? Há limites para o exercício do *jus imperii* estatal? Qualquer interesse público, ainda que indireto, seria suficiente para embasar uma desapropriação? Ou, por outro lado, apenas um interesse público qualificado e direto autorizaria tal intervenção supressiva na propriedade privada? Um benefício coletivo, com a rubrica (ou disfarce) de um pretensão desenvolvimento econômico (ou social) da área desapropriada, o que seria atingido via desapropriação, justificaria o sacrifício de interesses (e garantias) individuais? Algumas dessas indagações foram enfrentadas pelo conhecido caso

3 112 S.Ct. 2886, 505 U.S. 1003, 1992.

4 *Lucas vs. South Carolina Coastal Council*, 505 U.S. 1003 (1992).

Kelo vs. New London⁵, a partir do qual o conceito de uso público para fins de desapropriação foi dilargado pela Suprema Corte de Connecticut, o que, em seguida, foi confirmado pela Suprema Corte dos EUA, em 2005.

O caso Kelo nos remete a Susette Kelo e alguns de seus vizinhos, todos moradores de Fort Trumbull, em New London, Connecticut, que resolveram se insurgir contra as políticas públicas desenvolvimentistas de New London as quais, entre outras ações e omissões estatais, implicavam desapropriações de determinadas propriedades da região. Segundo New London, que não estava bem economicamente à época, as desapropriações se prestariam para liberar espaço para a instalação de um gigantesco parque industrial de uma empresa farmacêutica privada, a Pfizer, a qual desenvolveria pesquisas em Fort Trumbull e, com isso, atrairia investimentos e infraestrutura e geraria riqueza para a região. Com a vinda da Pfizer, empregos seriam gerados, as áreas marginalizadas seriam revitalizadas e, principalmente, o exercício da atividade econômica pela farmacêutica promoveria aumento expressivo da arrecadação tributária de New London. Contudo, para que tal pudesse ocorrer, New London precisou ampliar o conceito de uso público, que é um dos requisitos do exercício do domínio eminente do Estado, a fim de que um interesse público meramente indireto, o qual seria obtido a partir da transferência, via desapropriação, de propriedades privadas para outro ente privado, pudesse ser compreendido como uso público.

Kelo e alguns de seus vizinhos se indignaram com a iniciativa do Estado, precisamente porque entendiam que uma desapropriação não poderia se prestar a promover mais utilidade ou mais riqueza para outro ator privado, ainda que este porventura pudesse gerar mais arrecadação e, por conseguinte, mais desenvolvimento. Acreditavam esses litigantes que o uso privado não seria motivo suficientemente idôneo para fundamentar uma desapropriação, de modo que a preservação da propriedade privada seria regra, ao passo que a intervenção do Estado nesta, deveria ser exceção. Entretanto, como havia interesses também econômicos nas desapropriações de New London, o Estado insistiu em seu direito de domínio eminente e, em relação aos demais proprietários que ainda não tinham negociado valores e aceitado alienar suas propriedades, persistiu nas tratativas ou na demolição dos imóveis dos vizinhos de Kelo – que, por sua vez, permaneceu em litígio e decidiu continuar defendendo seus direitos jurídicos e econômicos de propriedade contra o Estado.

5 Kelo vs. City of New London, 545 U.S. 469 (2005)

Delimitado o pano de fundo da discussão, é possível perceber que as fronteiras jurídicas do caso *Kelo vs. New London* nos remetem aos limites dos *takings* do Estado e, pois, na economia das desapropriações. Assumindo que quaisquer dos interesses públicos e econômicos do Estado eram lícitos e direcionados para a promoção de um maior bem-estar social, o caso foi paradigmático ao suscitar o sentido e o alcance do uso público, expressamente previsto na Quinta Emenda: se e somente se houver uso público é que tem lugar o domínio eminente, cabe ao Estado invocá-lo como sinônimo de desenvolvimento econômico, ainda que este venha por iniciativa (e investimentos) de um particular? Em outras palavras, haveria que se falar em abuso do poder de domínio eminente a transferência de propriedade de um particular para outro particular, ao argumento de que isto seria mais eficiente e geraria mais riqueza? Como visto, a Suprema Corte dos EUA referendou as desapropriações de *New London* e, pois, conferiu maior elastério à doutrina do uso público. Seria isso justo e eficiente?

Uma primeira possível resposta, com cariz liberal, contestaria veementemente a decisão do caso *Kelo vs. New London*. Isso porque não é razoável, tampouco justo ou eficiente que as circunstâncias excepcionais nas quais se autoriza o domínio eminente do Estado sejam ampliadas, para além da moldura normativa, para abarcar, como embasamento de uma desapropriação, além do uso público, também o uso privado. O princípio hermenêutico segundo o qual *in claris non fit interpretatio* e a literalidade da Quinta Emenda seriam suficientes para afastar a interferência do Judiciário e toda e qualquer tentativa de infirmar o que disse o poder constituinte reformador: caso houvesse interesse em autorizar desapropriações também por usos privados, a Quinta Emenda certamente não teria se dado ao trabalho de especificar o uso público como limitação constitucional ao poder de desapropriar. Nessa perspectiva, um eventual conflito entre os interesses privados dos proprietários e os interesses públicos do Estado não deveriam experimentar *preferred position* destes sobre aqueles se o interesse público subjacente à desapropriação fosse meramente incidental.

Noutro giro, além dos argumentos jurídicos e de exegese, a economia (mais especificamente a microeconomia) nos fornece uma série de ferramentas a partir das quais podemos concluir pela impertinência do uso privado como pretexto de uma desapropriação. Caso o Estado pudesse invocar o seu domínio eminente para desapropriar propriedades privadas, ainda que para fins privados ou tão-só indiretamente públicos, haveria um considerável risco moral e até mesmo incentivos

para que o ente estatal se comportasse de modo oportunista. O Estado, embora seja uma ficção jurídica, é operacionalizado por pessoas que, a despeito de suas qualidades, têm riscos morais que podem conduzir a administração pública a posturas que se distanciem do bem-estar social, o que compreende os riscos de corrupção. Um administrador público que, se tivesse o poder de decidir se e quando e quem desapropriar, poderia, por exemplo, valer-se de uma desapropriação para especular no mercado imobiliário, para valorizar ou desvalorizar determinado bairro ou zona comercial, ou favorecer parceiros ou doadores de campanha, em prol de uma administração privada de interesses públicos. O uso privado como sucedâneo do uso público em desapropriações poderia provocar o risco sistêmico de uma corrida expropriatória em lugares menos abastados economicamente ou politicamente frágeis, nos quais grupos minorizados ficariam ainda mais expostos e vulneráveis se a propriedade pudesse ser desapropriada por interesses predominantemente privados e apenas indiretamente públicos, causando o *eminent domain abuse*.

O risco de seleção adversa também se faria presente em um cenário no qual o uso privado de propriedades privadas autorizaria uma desapropriação, já que o poder de império do Estado provavelmente justificaria a escolha de um ou outro particular, de uma ou outra atividade econômica, repelindo possíveis bons parceiros privados, em favor de parceiros privados que possam ser oportunistas e convenientes, com a justificação da oportunidade e da conveniência. A permissão para que o Estado tome propriedades privadas para uso privado como se uso público fosse poderia significar uma elevação ainda maior dos custos de transação de uma desapropriação, isto é, as falhas de mercado que a desapropriação visa corrigir – por entender que o exercício do domínio eminente implica, naturalmente, custos de transação altos – acabariam sendo agravadas por ela mesma, mediante a expansão do conceito de uso público.

Não obstante as críticas de índole liberal, New London ganhou o processo – e o direito de consumir as desapropriações já iniciadas – e, além da jurisprudência, há vozes doutrinárias que defendem a solução dada pela Suprema Corte norte-americana para o caso, a respeito das quais passamos a falar.

Em *Imperfect Takings*, Shai Stern (2019) contribui sobremaneira para o debate jurídico e econômico das desapropriações ao explicar que o conceito de uso público pode ser interpretado como sinônimo das necessidades essenciais do Estado (concepção binária) ou, por outro lado, de forma mais abrangente, ao incluir também os benefícios sociais marginais (concepção linear). A Suprema Corte dos EUA decidiu em favor de New London no caso Kelo porque adotou uma concepção

linear do que seria uso público, autorizando o domínio eminente para fins de uso da propriedade privada.

Stern indica que, ainda que a contragosto dos proprietários desapropriados, desapropriar é um verbo que consagra um direito legítimo (e talvez fundamental) de o Estado eventualmente adquirir direitos de propriedade com o fito de superar falhas de mercado que, porventura, impediriam uma alocação eficiente de recursos em face das necessidades, das utilidades públicas e do interesse social (FRANCO, 2015). É precisamente por esse motivo que, objetivando cumprir sua finalidade pública de executar os interesses públicos, o Estado tem o poder de se valer de seu *eminent domain* para, caso queira, adquirir propriedades privadas, via desapropriação, utilizando-se desta como ferramenta de correção de imperfeições de mercado que poderiam impedir que os direitos de propriedade migrassem para quem mais os valorize e tem condição de pagamento, o que, em razão dos elevados custos de transação envolvidos em um processo de desapropriação, tenderia a não acontecer de maneira voluntária.

De acordo com Stern, é possível identificar três principais questões ou problemas que decorrem da intervenção drástica e supressiva do Estado na propriedade privada, a saber, a possibilidade: 1) de abuso desse poder; 2) de uma distribuição injusta do ônus desses *takings* pela sociedade; e 3) da ineficiência do projeto de governo. A diluição das condicionantes dos *takings* estatais pode provocar os mencionados: 1) riscos de corrupção ou de abuso de poder, especialmente quando o Estado invoca indevidamente suas atribuições públicas e de império para, sem justificativa ou com justificativa inquinada por vícios, tomar a propriedade privada, a fim de alcançar objetivos ocultos e não republicanos; 2) riscos de justiça das desapropriações, considerando que forçar um particular a aceitar um sacrifício individual em prol do coletivo pode acarretar uma distribuição desigual dos encargos entre os membros da sociedade, principalmente em áreas minorizadas ou econômica ou politicamente frágeis, nas quais haja falhas de governo – *logrolling* ou *rent seeking*, por exemplo – e as pressões de grupos de interesses privados consigam suplantar os interesses primariamente públicos da região e, por fim, 3) os riscos de ineficiência de uma desapropriação já que, por ser deflagrada de maneira coercitiva, com pouco ou nenhum consensualismo, essa intervenção estatal interfere nos mecanismos de livre mercado e de trocas voluntárias, desconsiderando os custos privados dos direitos de propriedade e, com isso, desincentivando, no médio ou longo prazo, investimentos em conservação ou melhorias, pelo que cabe ao Estado, a partir de uma indenização

justa, adequadamente calculada, internalizar as externalidades negativas e os custos sociais gerados por esses *takings* (TULLOCK, 2015). Só a justa compensação é capaz de proporcionar, nos dizeres de Stern, a execução economicamente eficiente do propósito para o qual a propriedade foi desapropriada, evitando-se, com isto, uma política de super ou sub investimentos, tanto por parte dos desapropriandos, quanto dos demais proprietários circunvizinhos que, dada a insegurança acerca da possibilidade ou não de serem desapropriados, ainda padecem da incerteza quanto à justiça e à eficiência da indenização por exercício do domínio eminente estatal.

E, visando evitar a ocorrência desses problemas, a fim de que as desapropriações sejam, além de lícitas, também legítimas (FREITAS, 2009), os ordenamentos jurídicos têm buscado condicionar os *takings* estatais: 1) ao devido processo legal, tanto em seu aspecto processual, quanto substantivo; 2) ao uso público como fundamento de uma desapropriação, não devendo o seu conceito ser indevidamente ampliado para abarcar também interesses privados, cujo interesse público seja tão somente indireto ou incidental; e 3) ao dever de o Estado pagar uma compensação, como pressuposto das desapropriações. Stern reconhece, todavia, que embora os requisitos anteriores sejam minimamente claros, não é tão simples definir as fronteiras jurídicas e econômicas dessas condicionantes. Um projeto de modernização urbana que implique desapropriações e que, segundo o Estado, deva ser concluído com urgência sem cognição exauriente: essa urgência é compatível com a aceleração do devido processo legal administrativo dos *takings* que têm de ser feitos ou a supressão de instâncias ou a sumarização do processo comprometeria o *due process of law*? Qual ou quais os limites para que o Estado possa encaixar, na moldura do uso público, interesses particulares que indiretamente atendam ao interesse público, sem com isso aniquilar os deveres de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência? Como conciliar a eficiência da justa compensação devida pelo ente estatal com as limitações orçamentárias do Estado?

Com isso em mente, visando evitar os problemas mencionados, Stern propõe um novo modelo para o conceito de domínio eminente, a partir da interação entre os seus três requisitos de legitimidade das desapropriações – observância do devido processo legal substantivo e adjetivo, estrita observância do uso público como fundamento de uma desapropriação e justa compensação. Segundo o autor, seria possível implementar parcialmente alguma dessas salvaguardas, desde que as demais fossem integralmente aplicadas, o que preservaria, na visão de Stern, a legitimidade das desapropriações.

Isso porque cada uma das salvaguardas de legitimidade apresentadas atua em determinado grau de intensidade, a depender da jurisdição, podendo variar no espectro dos deveres de transparência, de responsividade, de publicidade ou de transparência e de (justa) compensação, funcionando como um sistema de proteção dos indivíduos diante das desmesuras (ou dos riscos de desmesura) do Estado. Stern indica que a possibilidade de compressão das condicionantes de uma desapropriação é o mecanismo adequado para lidar com o que chamou de situações imperfeitas – os *imperfect takings* que nomeiam o artigo –, nas quais o ordenamento jurídico não pode desconsiderar que a estrita observância de todos os requisitos de uma desapropriação poderia conduzir a uma solução injusta e ineficiente na perspectiva dos interesses públicos, comprometendo o bem-estar social que, em maior ou menor grau, pode ser gerado por uma desapropriação. Stern argumenta que a rígida observância dos requisitos de uma desapropriação em quaisquer circunstâncias pode conduzir a soluções descompassadas com a realidade (LEAL, 2019), engessando o Estado e tolhendo sua capacidade, ao menos hipotética (FRIEDMAN, 1993), de promover uma maior utilidade social.

Stern defende que a interação entre os requisitos de uma desapropriação manteria incólume sua legitimidade porque cada uma delas implica proteção acessória às demais condicionantes, sendo despicienda a ocorrência simultânea dos três critérios apresentados. A garantia de um devido processo legal (administrativo ou judicial) mitigaria os riscos de corrupção, mas também criaria um cenário favorável para que se descubra o valor justo (e eficiente) de uma desapropriação, dificultando, em tese, que um valor aquém ou além seja estipulado. Do mesmo modo, o devido processo legal equilibra as forças que se digladiam em uma desapropriação, garantindo paridade de armas, pelo que a flexibilização da rigidez dos limites dos *takings* estatais, mas jamais seu abandono, preservaria a legitimidade das desapropriações porque eventuais excessos seriam controlados pelo devido processo legal.

Situações imperfeitas admitiriam *takings* imperfeitos, cabendo ao Estado sopesar, no caso concreto, a maior ou menor compressão de um ou outro requisito de uma desapropriação, podendo aplicar, segundo Stern, apenas parcialmente, quaisquer das salvaguardas. Stern conclui apontando que os argumentos esposados em *Imperfect Takings* endossariam, por exemplo, decisões como a do caso *Kelo vs. New London*, nas quais o conflito normativo entre o que se decidiu e o que define a Quinta Emenda seria meramente aparente, visto que, segundo o autor, cabe primordialmente ao Estado dosar o rigor dos requisitos de uma desapropriação.

Isso posto, vistos os argumentos *pro et contra* a solução que a Suprema Corte dos EUA confirmou para o caso *Kelo vs. New London*, abstraindo eventual contaminação política ou ideológica do litígio, devemos questionar a justiça e a eficiência da compensação recebida por Kelo: o valor da indenização paga pelo Estado foi, nos moldes propostos pelo artigo, justa e eficiente? É dizer, independente de concordarmos ou não com a ampliação do conceito de uso público como justificativa para a consecução de um maior número de interesses privados que, somados, constituiriam os interesses públicos do Estado – sendo certo que, após o caso *Kelo vs. New London*, diversos estados dos EUA alteraram suas legislações para impedir que o uso privado fundamentasse uma desapropriação, o que provavelmente provocará, em um futuro próximo, que sobrevenha nova Emenda à Constituição ou que a Suprema Corte norte-americana aplique o *overruling* para decidir de modo diverso outra controvérsia semelhante – nos parece importante verificar se houve justiça e eficiência no valor dado como desfecho do caso *Kelo vs. New London*. Vejamos:

Durante as primeiras fases das desapropriações ocorridas em *New London*, o Estado propôs para Kelo, formal e inicialmente, o pagamento de \$ 128.000,00, o que correspondia, na ocasião, a quase o dobro do que a desaproprianda teria pago no momento da aquisição de seus direitos de propriedade. Dito de outro modo, se o valor da proposta era aproximadamente 2 vezes maior do que seu valor de mercado, podemos assumir que o valor de mercado da propriedade de Kelo era, à época, mais ou menos \$ 64.000,00 (antes das reformas feitas pela proprietária no imóvel). Admitindo-se que as reformas feitas por Kelo valorizaram sua propriedade em, pelo menos, 50%, seu novo valor de mercado, já acrescido das valorizações, seria mais ou menos \$ 96.000,00. Contudo, após o fim do processo judicial (o que corrobora que as decisões judiciais têm, pela ótica da análise econômica do direito, a função de definir direitos de propriedade e, a partir dessa definição, lubrificar as relações e possibilitar acordos privados), Kelo recebeu, como compensação pela desapropriação, a quantia de \$ 442.000,00, isto é, um valor 4,6 vezes maior (isso sem contar a inflação dos anos posteriores) do que o valor de mercado aproximado da propriedade, já incluída a valorização pós-reforma e pós-melhoramentos no imóvel (COOTER, 2010).

Nesse cenário, considerando que o valor justo de uma indenização em uma desapropriação deve corresponder ao seu valor ótimo, temos dúvidas em afirmar a justiça ou a eficiência de uma compensação que, sem qualquer referibilidade, tenha superado, em muito, qualquer parâmetro razoável de definição do X como

perda da capacidade de barganha. Assim dizemos porque, caso queiramos adquirir uma propriedade de metragem e em estado de conservação semelhantes em New London, pagaremos algo em torno de \$ 243.369,00, conforme a média dos preços de propriedades similares à de Kelo, na mesma localidade, conforme o índice de preços de abril de 2022. Logo, se a função da inclusão de X na equação do valor justo de uma indenização em uma desapropriação é remunerar a cessação do poder de barganha dos indivíduos diante do Estado, a fim de tornar os desapropriados indiferentes à desapropriação e às suas consequências, X não poderia ser tão mais alto do que qualquer valor que, *ceteris paribus*, outros particulares se disporiam a comprar ou a vender propriedades congêneres.

O valor justo de uma indenização em desapropriações deve ter como limite a resposta para as perguntas: *até quanto eu poderia conseguir, em termos de utilidade ou de riqueza, com a venda da minha propriedade? E, até quanto, todo o mais constante, minha propriedade pode se valorizar no curto ou médio prazo?* Tal resposta poderia ser construída tanto pelo Estado, quanto pelos particulares, por meio dos mecanismos alternativos ou consensuais de solução de controvérsias, o que, com a chancela do Judiciário, tenderia a mitigar tanto o risco moral dos particulares – que podem se comportar de maneira oportunista visando maximizar seu bem-estar, sem qualquer referibilidade, em prejuízo coletivo – quanto do Estado – que pode sucumbir às tentações da corrupção e de direcionamentos espúrios em favor de interesses tão-só privados ou apenas indiretamente públicos. É sobre o que trataremos no capítulo seguinte.

3 O valor justo da indenização de uma desapropriação: a ineficiência do valor de mercado e a necessidade de remuneração da perda da capacidade de barganha

Os tribunais brasileiros costumam decidir que o valor justo de uma indenização em uma desapropriação coincide com um valor próximo ao valor de mercado da propriedade privada submetida ao domínio eminente do Estado. É o que verificamos, por exemplo, quando olhamos para o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJERJ) e observamos como têm sido as decisões judiciais sobre desapropriação. Desde 1988, ano em que a Constituição da República passou a exigir expressamente, como contrapartida de uma desapropriação, uma indenização justa e prévia, foram 6.270 (seis mil, duzentos e setenta) processos julgados no TJERJ, dos quais, em 2019, a maioria decidiu pela aplicação do valor de mercado como critério de valor justo, com fundamento no art. 26, do Decreto-Lei nº 3.365/1941. Nenhum deles, todavia,

considerou a perda da capacidade de barganha como variável do cálculo dessas indenizações. Citemos, por exemplo, a Apelação nº 0021215-62.2003.8.19.0021, julgada em 2018 e Apelação nº 0001198-09.2004.8.19.0073, julgada em 2019.

Contudo, por razões jurídicas, mas também econômicas, o valor de mercado não nos parece ser o valor justo de uma desapropriação porque, nesse caso, ele não consegue dosar de modo adequado o *williness to pay* e o *williness to sell* dos envolvidos. Duas são as razões para acreditarmos nisso. Uma, mais óbvia, tem a ver com o conceito de valor de mercado. Outra, não tão evidente, diz respeito à economia comportamental e à teoria dos prospectos.

Começemos pela primeira razão (a mais óbvia). Segundo o International Valuation Standards (2020), o valor de mercado equivale ao “preço estimado para a transferência de um ativo ou passivo entre partes identificadas, informadas e dispostas a negociar, que reflita os referidos interesses das partes”. Em outras palavras, o valor de mercado presume a existência de duas partes desejosas: um comprador desejoso, que se dispõe a pagar e tem condição de pagamento, e um vendedor desejoso, que se dispõe a vender e tem o título de propriedade do que quer alienar. Em uma compra e venda detectamos com facilidade um comprador desejoso e um vendedor desejoso, mas o mesmo não se pode dizer de uma desapropriação. Ao passo que em uma desapropriação há claramente um comprador desejoso (o Estado), não existe um vendedor desejoso: a manifestação do domínio eminente do Estado independe da vontade do desapropriado. Uma desapropriação cuja indenização se limita a (e não parta do) valor de mercado é incapaz de promover a alocação eficiente do bem desapropriado àquele que mais o valoriza e tem condição de pagamento. Para que tal se desse, a indenização a ser paga pelo Estado em favor do particular deveria exprimir um valor suficiente para demonstrar que aquele (o Estado) valorizava mais a propriedade do que este (o particular). Por não inexistir um vendedor desejoso em uma desapropriação, o particular valorizava seus direitos de propriedade em um valor precisamente maior do que o valor de mercado do bem desapropriado. Logo, o valor justo de uma desapropriação pode ser obtido, a nosso sentir, a partir do (e não limitado ao) valor de mercado da propriedade que o Estado desapropriou ou visa desapropriar.

A segunda razão (a não tão evidente) perpassa a teoria dos prospectos que, no âmbito da economia comportamental, ajuda a compreender o que estamos dizendo. Grosso modo, pela teoria dos prospectos, a utilidade esperada de um ganho (+ R\$ 100,00, por exemplo) não é a mesma que a desutilidade (utilidade

negativa) esperada de uma eventual perda desse ganho anterior (– R\$ 100,00). Os R\$ 100,00 do ganho e da perda diferem tanto nos sinais (+ e –) quanto no peso que têm. A insatisfação gerada por uma desapropriação (– propriedade) é certamente maior do que a satisfação de uma indenização prévia e ainda que justa (que, para nós, seria igual a valor de mercado + X). É precisamente por essa razão que nos parece imprescindível adicionar a variável X à equação de uma indenização prévia e justa em desapropriações. A incidência do domínio eminente do Estado por meio da desapropriação de uma propriedade privada certamente produz um impacto (negativo) maior do que o impacto (mesmo que positivo) do recebimento de uma indenização pelo antigo proprietário, o que deve ser adequadamente valorado para fins de justiça e de eficiência do *quantum debeatur*.

Essas conclusões foram obtidas a partir dos estudos feitos (e em seguida aperfeiçoados) por Amos Tversky e Daniel Kahneman (1992), que, mediante uma comparação entre situações de tomada de decisão em um contexto de incertezas, revisitaram a teoria da utilidade esperada. Os autores perceberam que a utilidade esperada por um ganho é diferente da (des)utilidade esperada por uma perda porque, em um cenário de incertezas, observaram Tversky e Kahneman, alguém que está ganhando tende a ser avesso ao risco, ao passo que, alguém que está perdendo, tendo a ser mais suscetível a tomar risco. Um cassino é um bom exemplo para detectar o que identificaram os autores. Em um cassino temos jogadores que estão ganhando mais do que estão apostando e jogadores que somente estão perdendo. Um participante que está ganhando não é tão propenso a tomar risco (apostar um valor alto, por exemplo) quanto o é um participante que perdeu mais vezes do que ganhou. Um participante que ganha com mais frequência do que perde tende a ser avesso ao risco, enquanto um participante que perde mais do que ganha costuma ser *risk taker*. A aversão ou a propensão ao risco foram ilustradas da seguinte maneira pelos autores:

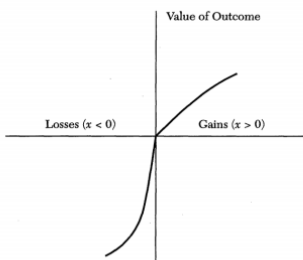


Figura 1. Valoração de resultados na teoria do prospecto.
Fonte: Starmer (2000).

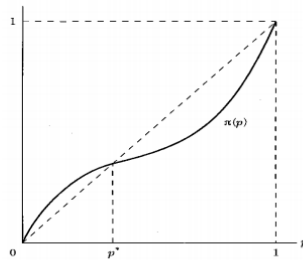


Figura 2. Função ponderação com a forma de s-invertido.
Fonte: Starmer (2000)

O raciocínio da teoria dos prospectos, acima ilustrado, pode ser aplicado a uma desapropriação porque, nesse caso, a (des)utilidade pela tristeza ou pela insatisfação de ser desapropriado é certamente diversa da utilidade esperada pelo recebimento de uma indenização, ainda que prévia e, em tese, justa. É por esse motivo que a teoria dos prospectos se conecta com a questão do valor justo de uma indenização decorrente de um *taking* estatal: ela nos ajuda a compreender que o valor de mercado deve ser visto apenas e tão somente como um ponto de partida para que se descubra a justeza dessa indenização. Sem essa compreensão, a insatisfação do desapropriado com a desapropriação será certamente maior do que a sua satisfação ao receber uma indenização. E, quando isso acontece, o direito se distancia da justiça e da eficiência (ou, mais especificamente, a desapropriação se distancia do valor justo e eficiente, ou seja, do que determina a Constituição de 1988).

Uma indenização justa e eficiente em uma desapropriação precisaria ser sensível à ausência de um vendedor desejoso e, por conseguinte, ao esvaziamento da capacidade de barganha do desapropriado, a fim de que conseguisse traduzir a diferenciação da utilidade, do valor e dos + e dos – envolvidos em um *taking* estatal, mas não é isso o que vemos quando consultamos os tribunais brasileiros^{6,7}.

A culpa do distanciamento entre o que *é* e o que *deveria ser* o valor justo de uma desapropriação é, em grande parte, da nossa atual (embora obsoleta) moldura normativa. Soma-se a isso o fato de que o direito administrativo é, não raro, interpretado de forma mais clássica (e retrógrada) do que deveria ser e há cada vez menos chances de atingirmos o conceito econômico e jurídico de valor justo. Levou muito tempo para que o ordenamento jurídico finalmente reconhecesse que a indisponibilidade do interesse público é, na verdade, uma *indisponibilidade*, entre (muitas) aspas, tendo em vista que há tanto interesses públicos indisponíveis quanto

6 Por exemplo, o STJ já declarou não caber ao Estado “pagar mais do que o valor de mercado”. “[...] o conceito de justa indenização [...] aplica-se para ambas as partes do processo, porquanto não se revela justo ao expropriado receber valor inferior ao que lhe é devido, tampouco ao Estado pagar mais do que o valor de mercado”.

7 O mesmo se diga do TCU, para quem a “indenização do imóvel ter por base [tão-somente] o valor de mercado assegura a inocorrência de prejuízo, considerando que, para fins de venda, terminaria mesmo sendo valorado ante o mercado imobiliário local”. Tratando-se de desapropriação de pessoa jurídica, a afirmação precisa ser tomada *cum grano salis*, notadamente se estamos diante de sociedade com finalidade lucrativa, uma vez que diante desta situação, as questões extraídas do aporte de economia comportamental, como vieses, se coloca de maneira muito diminuta ou mesmo não se coloca.

interesses públicos disponíveis, o que tão somente se deu com a vigência da Lei nº 13.867/2019, que incluiu os art. 10-A e art. 10-B no Decreto-Lei nº 3.365/1941 para “possibilitar a opção pela mediação ou pela via arbitral para a definição dos valores de indenização nas desapropriações” (BRASIL, 2019). É sobre essa Lei nº 13.867/2019 e, mais especificamente, sobre o manejo da arbitragem em desapropriações que passamos a escrever.

3.1 Arbitragem e Valor Justo

Esclarecemos que a Lei nº 13.867/2019 se propôs a, em estímulo à consensualidade da administração pública, positivar a mediação e a arbitragem como equivalentes jurisdicionais aptos a auxiliar as partes de um processo (administrativo ou judicial) de desapropriação a encontrar (por elas mesmas ou mediante decisão arbitral) o valor justo da indenização prévia. Advertimos, porém, que trataríamos apenas da arbitragem neste artigo, mas não da mediação. Por quê? Porque desprezamos o estudo da mediação como meio alternativo de resolução de conflitos para solucionar controvérsias em uma desapropriação se a mediação entre o Estado e o particular desapropriado é tão novidade quanto a arbitragem para o mesmo fim? Uma análise também econômica do Direito da desapropriação endossaria nossa opção.

Expliquemos: a desapropriação é um instituto jurídico que, como forma de regulação e de modalidade de intervenção drástica e supressiva na propriedade privada, reflete com nitidez o que é o domínio eminente do Estado. A *causa jurídica* do domínio eminente se sustenta no *jus imperii* estatal, pelo qual, por dicção constitucional, os particulares têm de se curvar diante de um interesse público e (ou) coletivo cuja concretização incumbe ao Estado. No entanto, é na *causa econômica* do domínio eminente que reside nossa preferência pela arbitragem à mediação. É pela economia dos *custos de transação* que o Direito decidiu endossar o domínio eminente do Estado e, pois, a possibilidade de que este desapropriasse propriedades privadas (COASE, 1988). Os custos de transação (de localização, de negociação e de execução) que orbitam uma desapropriação são consideravelmente altos. Não é nada fácil localizar as partes envolvidas e reuni-las para favorecer uma barganha. É igualmente difícil que um particular desapropriado ou em vias de ser desapropriado não guarde qualquer rancor ou animosidade contra o Estado que promoveu ou quer promover a supressão de seus direitos de propriedade. Do mesmo modo, dada a posição jurídica mais confortável de quem desapropria do que a de quem é desapropriado, os custos de supervisão

e de aplicação desses acordos tendem a ser proibitivos à negociação entre o proprietário privado e o Estado. Calabresi e Melamed (1972) nos ensinam que o remédio jurídico adequado para situações como essas, nas quais os custos de transação são elevados ou distantes de zero, é o da regra de indenização (*liability rule*). O Direito se conecta com a Economia porque, por serem altos os custos de transação envolvidos em uma desapropriação, a intervenção jurídica se mostra indispensável para que se dê a alocação eficiente dos direitos de propriedade que estão em jogo, a fim de que eles possam seguir em direção àqueles que mais os valorizam e têm condição de pagamento.

Os altos custos de transação de uma desapropriação afastam a aplicação do Teorema de Coase, de modo que não será eficiente uma eventual barganha entre o particular e o Estado, sem que o direito interfira para reduzir os custos de transação envolvidos (COASE, 1960, p. 1-44). Por conta disso, a mediação tenderia a ser, a nosso ver, uma intervenção mais *soft* do que a que a controvérsia da justa compensação de uma desapropriação exige. Concordamos que uma sessão de mediação (pré-processual ou mesmo processual) se propõe a reduzir os custos de transação, o que também aconteceria em uma mediação em uma desapropriação. Todavia, os custos de transação de uma desapropriação costumam ser tão altos que pouco ou nada adiantaria que, via mediação, Estado e particular acordassem o que é valor justo: ou não chegariam a uma resposta ou chegariam a uma resposta subótima. É preciso ponderar, entretanto, que haverá situações em que, mesmo em uma desapropriação, os custos de transação não serão tão altos a ponto de impedir uma barganha entre o Estado e os proprietários particulares. Basta pensarmos, por exemplo, em circunstâncias nas quais um proprietário não valoriza ou valoriza muito pouco a propriedade objeto de uma desapropriação, como seria o caso de alguém que a recebeu como herança de um parente por quem não tinha qualquer afeto (ou mesmo o detestava) ou que é indiferente à propriedade por morar longe dela e não ter qualquer interesse ou expectativa de conservá-la ou melhorá-la no curto, médio ou longo prazo – casos em que uma mediação on-line ou qualquer outro mecanismo de *online dispute resolution* (ODR) seriam suficientes para encontrar o valor justo de uma indenização em desapropriações. Porém, nos demais casos, isto é, naqueles em que os custos de transação são sobremaneira elevados, há uma probabilidade não insignificante de que os custos de descoberta ou de cálculo do valor justo, sem o auxílio de uma avaliação técnica e especializada – o que seria possível via arbitragem – poderia

tornar inócua a mediação e afundar seus custos (MCAFEE, 2010, p. 323-336). Sem que o direito lubrifique a relação vertical Estado-particular, essa barganha, cujos custos de transação estão longe de serem iguais a zero, a mediação não seria eficiente, tampouco justa, mas sim insuficiente e desnecessariamente custosa – o que, inclusive, desde já afastaria, também pelo argumento de custo-benefício, as iniciativas de med-arb, arb-med ou neg-arb, que pouco ou nada contribuiriam para casos de altos custos de transação (ULEN, 2010).

O direito precisaria interferir adequadamente para que tivéssemos uma indenização justa e eficiente e, a nosso ver, nas hipóteses em que os custos de transação são verdadeiramente altos, a arbitragem seria o remédio adequado para que chegássemos a *just compensation clause* de uma desapropriação. A arbitragem nos diria, com mais rapidez, maior acurácia técnica e com menos custos de transação, qual o valor de X na equação *Valor de Mercado + X*.

Com esse propósito, foram incluídos, pela Lei nº 13.867/2019, o art. 10-A e art. 10-B no Decreto-Lei nº 3.365/1941, que se dispuseram a estimular a procura por uma solução, pré-processual ou extrajudicial, para o valor justo de uma desapropriação.

Segundo o art. 10-A, do Decreto-Lei nº 3.365/1941, o trâmite de uma desapropriação pressupõe que o Estado notifique o proprietário em vias de ser desapropriado a fim de oferecer-lhe um valor de indenização. Nessa notificação, o Estado dará o prazo de 15 (quinze) dias para que o proprietário diga se aceita ou não a proposta de indenização, podendo o proprietário aceitá-la, recusá-la expressamente ou simplesmente ignorá-la, situação em que seu silêncio será encarado como recusa (o que deflagrará a desapropriação judicial) (BRASIL, 1941a).

Por sua vez, o art. 10-B, do Decreto-Lei nº 3.365/1941, faculta às partes, ao Estado e ao particular a opção pela mediação ou pela arbitragem para fins de discussão e definição do valor justo da desapropriação (BRASIL, 1941b), o que demandará a participação de uma câmara de mediação ou de arbitragem, previamente cadastrada pelo responsável pela desapropriação e especializada no *Alternative Dispute Resolution* (ADR) eleito pelos interessados. Também poderá ser eleita como câmara de mediação alguma que tenha sido criada pelo próprio Estado.

Essa busca pelo consenso aproxima o Estado dos chamados Princípios do Equador e propulsa o país em uma posição de destaque no cenário internacional.

Geralmente, os Princípios do Equador são associados ao cumprimento de obrigações de índole ambiental, mas esses princípios também determinam àqueles que são seus signatários que respeitem diretrizes de cunho social, dentre as quais se destaca a

imposição de que sejam observadas regras e princípios especificamente detalhados quando o Estado (ou um particular a mando deste) pretende promover a "aquisição forçada de terras ou a realocação involuntária de populações para implantação de projetos de infraestrutura" (RIBEIRO, 2013, p. 6).

As desapropriações usualmente esbarram na questão dos Princípios do Equador e, mesmo que o BNDES não tenha ratificado esses princípios, grande parte dos empreendimentos privados que pressupõem desapropriações, acabam recorrendo diretamente a bancos privados (que exigem o cumprimento dos Princípios do Equador) ou então é o próprio BNDES que, por solicitar participação externa no financiamento (como o auxílio de outros bancos adeptos dos Princípios do Equador), implica que, direta ou indiretamente, os ditames dos Princípios do Equador sejam cumpridos.

No fim das contas, os Princípios do Equador obviamente significam um custo a mais para as desapropriações e, como visto, isso também tende a ser verdade mesmo quando ausente o BNDES como braço financeiro de uma contratação que envolva a administração pública. O benefício atrelado a esse custo, todavia, costuma compensar. É evidente que nem toda desapropriação precise desse aporte financeiro externo, mas isso não quer dizer que o Estado possa se distanciar dos *standards* de bom governo e de boa administração que, internacionalmente, costumam ser exigidos (FRANCO, 2016). Nesse sentido, a vinda da mediação e da arbitragem como ferramentas válidas e legítimas para o fim de definição de valor justo de uma desapropriação faz com que o Estado vá ao encontro desses *standards*, não de encontro a eles.

São, ao todo, dez os Princípios do Equador, a saber: Análise e Categorização; Avaliação Socioambiental; Padrões Socioambientais Aplicáveis; Sistema de Gestão Ambiental e Social e Plano de Ação dos Princípios do Equador; Engajamento de Partes Interessadas; Mecanismo de Reclamação; Análise Independente; Obrigações Contratuais; Monitoramento Independente e Divulgação de Informações e; Divulgação de Informações e Transparência. Destacam-se, desses dez Princípios, os Princípios do Engajamento de Partes Interessadas; do Mecanismo de Reclamação; e da Divulgação de Informações como relevantes para um redirecionamento do eixo filosófico das desapropriações, antes imperativo e, agora, consensual.

Com a utilização dos equivalentes jurisdicionais e dos meios alternativos de resolução de conflitos, são reduzidos os custos de transação, e os Princípios do

Equador têm caminho livre para serem cumpridos e a solução eficiente para o valor justo de uma desapropriação pode ser encontrada pelas próprias partes envolvidas.

4 Conclusão

Pelo que até aqui se expôs, a todo instituto jurídico correspondem repercussões econômicas e isto também ocorre com o direito administrativo e, mais especificamente, com as desapropriações.

No âmbito do domínio eminente do Estado, não nos parece tão relevante discutir se e quando o Estado pode desapropriar propriedades privadas, visto que a intervenção drástica e supressiva do Estado via desapropriação encontra respaldo legal e constitucional, pelo que seria pouco ou nada produtivo argumentar teses que fossem de encontro ao *jus imperii* estatal. Isso não nos impede, contudo, de perquirir a justiça e a eficiência de uma indenização em uma desapropriação, especialmente porque a justa compensação é a ferramenta jurídica que une os *takings* estatais à eficiência, já que, conforme defendemos ao longo deste artigo, esta pode ser atingida por meio do cálculo adequado do valor justo como contrapartida de uma desapropriação, a qual deve, necessariamente, compensar pela perda da capacidade de barganha do proprietário desapropriado ou desapropriando. Não por outra razão, o caso *Kelo vs. New London* e a controvérsia sobre os contornos do conceito de uso público foram abordados neste artigo, mas com o propósito específico de investigar se, no fim das contas, houve ou não justa compensação.

Equivocam-se os manuais e a jurisprudência quando decidem as indenizações em desapropriações sem concatenar (ou mesmo cogitar de) o pano de fundo econômico dos *takings* do Estado, subestimando (ou superestimando) a extensão e a precificação dos direitos jurídicos e econômicos de propriedade que vêm a ser suprimidos quando o ente estatal se apodera, ainda que de maneira lícita e autorizada, da propriedade alheia.

A economia das desapropriações nos ensina que a justa compensação é a vestimenta jurídica para a superação de um cenário de altos custos de transação, o qual caracteriza, em geral, um processo administrativo ou judicial de desapropriação. Em sendo extremamente custoso ou difícil definir com quem os direitos de propriedade devem ser alocados, especialmente porque em uma desapropriação não há vendedores desejosos – mas, tão somente, comprador desejoso, que é o Estado –, a indenização tende a ser a melhor solução para alocar, de maneira eficiente, os recursos jurídicos e econômicos que estão em jogo. Ocorre que, não

raro, os custos de transação que orbitam os *takings* são tão altos que não é nada fácil definir o valor justo de uma desapropriação. Assim, exceto nos casos em que os proprietários já pretendiam alienar suas propriedades ou que têm pouco ou nenhum interesse nessas propriedades, os custos de transação – precisamente os custos de localização, de negociação e de execução – podem, além de obstar a barganha, elevar os custos administrativos de descoberta e de definição da justa compensação.

Nessas situações, em um mundo de custos de transação elevados, no qual o Teorema de Coase não se aplica, é papel do direito estruturar-se e estruturar mecanismos que minimizem, tanto quanto possível, os custos de transação envolvidos visando à criação de um ambiente favorável para que os proprietários consigam se aproximar do Estado com o intuito de negociar e de se chegar a um denominador comum em relação ao valor a ser pago por este. Afinal, ninguém melhor do que as próprias partes para concatenarem, juntas, um valor de indenização que as torne indiferentes à desapropriação.

É justamente por isso que propusemos, com esteio nas recentes modificações do Decreto Lei nº 3365/1941, a adoção da mediação (em alguns casos) e da arbitragem (nos demais casos) como método alternativo de resolução do conflito administrativo ou judicial acerca da indenização em desapropriações. Foram apresentadas no artigo as vantagens da mediação como redutora dos custos de transação de uma desapropriação, mas também foi feita o alerta de que, em grande parte dos casos, ao menos naqueles nos quais os custos de transação são altos, a mediação pode ser um custo afundado e um gasto desnecessário se esta for incapaz de mitigar os custos de transação a ponto de torná-los superáveis para fins de barganha. É, por esse mesmo motivo, que desaconselhamos as técnicas de med-arb, arb-med e neg-arb e preferimos a arbitragem institucional, custeada pelo Estado, como a solução mais técnica para que se defina o valor justo de uma desapropriação, o qual deve, necessariamente, ser composto de um valor que remunere a perda da capacidade de barganha, de modo que a equação do valor justo de uma desapropriação é igual ao valor de mercado + X, sendo X o valor a ser atribuído à inexistência de um comprador desejoso e, portanto, a ausência da capacidade de negociação privada. O artigo procurou demonstrar, também com base na teoria dos prospectos e nas contribuições da economia comportamental, para o direito o desacerto, ou ao menos a incompletude, da utilização dos critérios de valor venal e de valor de mercado como resultado de uma desapropriação, esperando que, com essas breves linhas, consigamos colaborar para aperfeiçoar a

relação do Estado com os seus administrados que, outrora monológica e vertical, deve ser cada vez mais dialógica e consensual.

5 Referências

BAPTISTA, Patrícia Ferreira. **Consensualidade e justo preço nas desapropriações**: novos parâmetros à luz do direito administrativo contemporâneo. Anape. Disponível em: <http://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2014/01/TESE-20-AUTORA-PATR%C3%8DCLIA-FERREIRA-BAPTISTA.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2018.

BARZEL, Yoram. **Economic analysis of property rights**. 2. ed. New York: Cambridge University Press, 1997.

BEBCHUK, L. A. Property Rights and Liability Rules: the ex ante view of the cathedral. **Michigan Law Review**, n. 601, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941**. Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3365.htm. Acesso em: 23 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 23 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.867, de 26 de agosto de 2019**. Altera o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941 e dá outras providências. Brasília, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13867.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2013.867%2C%20DE%2026%20DE%20AGOSTO%20DE%202019&text=Alterar%20o%20Decreto%2DLei%20n%C2%BA,p%C3%BAblica%2C%20nas%20condi%C3%A7%C3%B5es%20que%20especifica. Acesso em: 23 ago. 2022.

BROMLEY, D. W. Property rules, liability rules and environmental economics. **Journal of Economic Issues**, 1978.

CALABRESI, Guido. Transaction Costs, Resource Allocation and Liability Rules. **Journal of Law and Economics**, 1968.

CALABRESI, Guido; MELAMED, Douglas. Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: one view of the Cathedral. **Harvard Law Review**, v. 85, n. 6, 1972.

COASE, Ronald H. The problem of social cost. **The Journal of Law and Economics**, v. 3, 1960.

COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 7, p. 73-88, 1998.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

ELKINS, Z.; GINSBURG, T.; MELTON, J. **The comparative constitutions project**: across national historical database of written constitutions.

FRANCO, Paulo Fernando de Mello; PORTO, Antonio José Maristrello; LEAL, Fernando. Valor Justo em Desapropriações: uma análise também econômica e regulatória. **Revista Direito Público**, v. 17, p. 185-214, 2020.

FREITAS, Juez. **Discrecionariade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FRIEDMAN, Milton. Why Government is the Problem. **Essays in Public Policy**, n. 39. Stanford, California: Hoover Institution Press, 1993.

HALE, Robert H. Bargaining, duress and economic liberty. **Columbia Law Review**, New York, v. 43, 1943.

HIERRO, Liborio. **Justicia, igualdad y eficiencia**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

INTERNATIONAL VALUATION STANDARDS. **Standards Glossary**. Março, 2020. Disponível em: <https://www.ivsc.org/standards-glossary/>. Acesso em: 28 fev. 2019.

KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Advances in Prospect Theory: cumulative representation of uncertainty. **Journal of Risk and Uncertainty**, p. 297-323, 1992.

KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Judgment under uncertainty: heuristics and biases. **Science**, p. 1134-1131, 1974.

KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. **Prospect theory**: an analysis of decisions under risk. *Econométrica*, 1979.

KRAUSS, Michael. Property Rules vs. Liability Rules. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit (ed.). **Encyclopedia of Law and Economics**, v. 2, 2000.

LEAL, Fernando. **Constitucionalismo de realidade**: democracia, direitos e instituições. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

LEVMORE, Saul. Just compensation and just politics. **22 Connecticut Law Review** 285, p. 306-07, 1990.

MCAFEE, R. P.; MIALON, H. M.; MIALON, S. H. Do Sunk Costs Matter? **Economic Inquiry**, p. 323-336, 2010.

MERRIL, Thomas W. Incomplete compensation for takings. **11 N.Y.U. Envtl. L.J.** **110**, p. 116-17, 2002.

MICELI, Thomas J.; SEGERSON, Kathleen. Regulatory Takings: when should compensation be paid? **The Journal of Legal Studies**, v. 23, n. 2, 1994.

MICELI, Thomas J.; SEGERSON Kathleen. **The economics of eminent domain: private property, public use, and just compensation**. Boston, USA: Now, 2007.

MICHELMAN, F. Property, utility, and fairness: comments on the ethical foundations of “just compensation” law. **Harvard Law Review** **80**, p. 1165-1258, 1967.

MONTEIRO, Guilherme Fowler de Ávila; ZYLBERZSTAJN, Decio. Direitos de Propriedade, Custos de Transação e Concorrência: o modelo de Barzel. **Economic Analysis of Law Review** **2.1**, p. 95-114, jan./jun. 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O future das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano Azevedo (coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

NICITA, Antonio; RIZZOLLI, Matteo. *Property Rules, Liability Rules and Externalities*. **Journal of Public Finance and Public Choice**, Forthcoming.

NOSAL, E. The taking of land: market value compensation should be paid. **Journal of Public Economics** **82**, p. 431-443, 2001.

OTT, Claus; SCHAFFER, H-B. The Dichotomy between Property Rules and Liability Rules: experiences from German Law. **Erasmus Law Review**, v. 1, n. 4, 2008.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercado**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

POLINSKY, A. Michell. Economic Analysis as a Potentially Defective Product. **Harvard Law Review**.

PORTO, Antonio José Maristrello; FRANCO, Paulo Fernando de Mello. Uma Análise também Econômica do Direito de Propriedade. **Economic Analysis of Law Review**, v. 7, p. 207-232, 2016.

PORTO, Antonio José Maristrello; SANTOS, Renato Ferreira dos. Compensação de empresas estatais pelo acionista controlador: limite material à persecução do interesse público. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 22, p. 310-332, 2020.

POSNER, Richard. A. **Economic Analysis of Law**. New York: Aspen Publishers, 2007.

RIBEIRO, Mauricio Portugal. **Desapropriações e desocupações em concessões e PPPs: custos, riscos, sensibilidade política, e os Princípios do Equador**. Rio de Janeiro, 2013.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação nº 0021215-62.2003.8.19.0021**. Desapropriação direta. Utilidade pública. 1ª Ementa. 21ª Câmara. Cível Relatora: Des(a). Denise Levy Tredler, 13 de novembro de 2018.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação nº 0001198-09.2004.8.19.0073**. Ação indenizatória por desapropriação indireta. Abertura de rua cortando lotes de posse da autora. 1ª Ementa. 4ª Câmara Cível. Relatora: Des(a). Maria Helena Pinto Machado, 21 de agosto de 2019.

SALLES, José Carlos de Moraes. **A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SAX, J. Takings, private property, and public rights. **Yale Law Journal** **81**, p. 149-186, 1971.

STARMER, Chris. Developments in non-expected utility theory: the hunt for a descriptive theory of choice under risk. **Journal of Economic Literature**, p. 332-382, 2000.

SHAVELL, Steven. Economic Analysis of Property Law. In: Conflict and Cooperation in the use of property. **Discussion Paper**, Harvard, n. 399, 2002.

STEPHEN, Frank H. **Teoria econômica do direito**. São Paulo: Makron Books, 1993.

STERN, Shai. Imperfect Takings. **Fordham Urban Law Journal** **46**, n. 1, 2019.

TEPEDINO, Gustavo. **Contornos Constitucionais da Propriedade Privada**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TULLOCK, Gordon. **Falhas de governo: uma introdução à teoria da escolha pública**. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 2005.

TIMM, Luciano Benetti. **Ainda sobre a função social do direito contratual no Código Civil brasileiro: justiça distributiva versus eficiência econômica**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ULEN, Thomas; COOTER, Robert. **Direito e Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

VARIAN, Hal. **Microeconomia: uma abordagem moderna**. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2012.

WYMAN, Katrina. The measure of just compensation. **Davis Law Review**, University of California, v.41, 2007, p. 239-287. Disponível em: https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/41/1/articles/DavisVol41No1_Wyman.pdf. Acesso em: 22 ago. 2022.