

Valor Justo em Desapropriações: uma Análise Também Econômica e Regulatória

Fair Compensation and Public Expropriations: for an Also Economic and Regulatory Analysis

ANTONIO JOSÉ MARISTRELLO PORTO¹

Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, Brasil.

FERNANDO LEAL²

Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, Brasil.

PAULO FERNANDO DE MELLO FRANCO³

Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, Brasil.

RESUMO: A desapropriação, enquanto forma drástica de intervenção do Estado na propriedade privada, requer o pagamento de indenização que, por imposição da Constituição – tanto do Brasil quanto de outros ordenamentos jurídicos –, deve ser necessariamente prévia e justa. Todavia, não há certeza a respeito de qual deva ser esse valor justo a ser pago pelo Estado. O objetivo deste artigo é lançar luz sobre o conceito de justa compensação. Estabeleceremos, para tanto, uma zona de certeza negativa a respeito do que não pode ser considerado como valor justo de modo que, ao final, consigamos sugerir uma proposta acerca do que entendemos como justa compensação.

PALAVRAS-CHAVE: Desapropriação; regulação; intervenção do estado na propriedade privada; prévia e justa indenização; justa compensação; valor justo; análise econômica do Direito.

ABSTRACT: Expropriation, as a drastic state intervention in private property, requires prior and fair compensation as determined by the Constitution. The purpose of this paper is to find out the economic substance and legal scope of the fair value mentioned by the Constitution: is it the nominal value, market economic value or some new value, not yet theorized, that corresponds to the aimed “just compensation”? In order to answer that question, this paper argues that the implementation of a fair value may be obtained through the establishment of a negative zone of certainty. This means that determining a proper measure of fair compensation should discard the possibilities that might be considered as synonymous of unfairness.

1 Orcid: <<http://orcid.org/0000-0001-9501-7056>>.

2 Orcid: <<http://orcid.org/0000-0001-9004-5904>>.

3 Orcid: <<http://orcid.org/0000-0002-9312-6379>>.

KEYWORDS: Public expropriation; takings; fair and prior compensation; just compensation; economic analysis of law.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Desapropriação e valor justo; 1.1 Da inadequação do valor venal; 1.2 O valor de mercado como parâmetro problemático e a vagueza das alternativas; 1.3 Da inadequação do recurso a um princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular como limite à incorporação de elementos subjetivos na justa indenização; 2 Possíveis avanços a partir do olhar da análise econômica do Direito; 2.1 Farber e a (im)possibilidade de a indenização funcionar como um seguro; 2.2 Wyman e os riscos da extrema subjetividade; 2.2.1 Reformas propostas à justa compensação em desapropriações; 2.2.2 Uma medida de indenização objetiva alternativa; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

As desapropriações, como forma de regulação e intervenção do Estado na propriedade privada, pressupõem, por expressa determinação da Constituição da República de 1988, nos termos do seu art. 5º, XXIV, “justa e prévia indenização”⁴. Não há, porém, parâmetros estáveis a respeito de como identificar esse valor justo. É possível encontrar referências, só para citar exemplos, ao “valor real do bem”⁵, ao “valor venal do bem”⁶, à “mais completa reposição do valor retirado do patrimônio expropriado” (Mendes; Branco, 2017, p. 348), à “importância [que] habilita o expropriado a adquirir outro bem equivalente ao que perdeu para o Poder Público, ou seja, equivalente ao valor que o expropriado obteria se o imóvel estivesse à venda”⁷ e ao valor capaz “de deixar incólume o patrimônio e as expectativas de lucratividade inerentes à propriedade expropriada” (Ferraz; Gouveia, 2016). Consideradas individualmente, essas diretrizes podem levar à fixação de indenizações muito diferentes em casos específicos, o que pode produzir insegurança e ineficiência.

O objetivo deste trabalho é lançar luz sobre o alcance jurídico e o conteúdo econômico do valor justo mencionado pela Constituição. Para tanto, problematizaremos as visões de que o valor venal, o valor de mercado e o valor de mercado econômico podem ser critérios adequados para que a indenização justa represente a melhor composição *jurídico-econômica* entre o direito fundamental à propriedade e à necessidade de evi-

4 Essa é a regra, excepcionada apenas nos casos de desapropriação para reforma agrária e de desapropriação-sanção urbanística (Aragão, 2013, p. 261).

5 Id.

6 Art. 27 do Decreto-Lei nº 3.365/1941.

7 STJ, REsp 608.324/RN, 2ª T., Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, Rel. p/o Ac. Min. João Otávio de Noronha, J. 12.06.2007, DJ 03.08.2007, p. 325.

tar enriquecimento sem causa do expropriado, especialmente a partir da desconstrução de um suposto princípio constitucional da supremacia do interesse público sobre o interesse particular, que poderia ser evocado para impedir compensações capazes de, na tradicional formulação de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, expressar tanto a *equivalência econômica* quanto a *reparação econômica* devidas (Franco Sobrinho, 1977). Aos nossos olhos, a determinação da indenização justa precisa encontrar suporte no binômio justiça-eficiência, considerando variáveis não incorporadas pelos critérios anteriores, e desconsiderando outras que, como será desenvolvido, não têm lugar na quantificação da indenização.

1 DESAPROPRIAÇÃO E VALOR JUSTO

Antes de iniciarmos o debate acerca do valor justo de indenizações em desapropriações, é importante que digamos efetivamente sobre qual(is) desapropriação(ões) estamos falando. O esclarecimento se justifica porque, além das modalidades mais conhecidas previstas no Decreto-Lei nº 3.365/1941, há outros institutos que, por vezes confundidos, acabam sendo tratados como se fossem desapropriações.

A desapropriação afigura-se, em linhas gerais, como modalidade drástica⁸ de intervenção do Estado na propriedade privada. Diz-se drástica porque a intervenção do Estado se dará de modo supressivo, o que significa dizer que o particular – anterior proprietário – perderá sua propriedade –, recebendo, em contrapartida, uma indenização. De todo modo, a constatação é evidente: os direitos de propriedade não são mais absolutos como no passado⁹.

Neste artigo, concentraremos nossos esforços no estudo das desapropriações mencionadas pelo art. 5º, XXIV, da CRFB, que trata das desapropriações por necessidade pública, utilidade pública e por interesse social, cujo conteúdo normativo exige, como dever do Estado desapropriante, justa e prévia indenização em dinheiro a ser paga em favor do desapropriante.

8 A despeito das críticas que lançaremos ao longo de nosso artigo, forçoso reconhecemos que “o instituto da desapropriação, sem dúvida, gera, até os dias de hoje, inegáveis benefícios para a coletividade, viabilizando, por exemplo, grandes obras públicas e os cada vez mais imprescindíveis projetos de infraestrutura, sobretudo urbana. Sem essa prerrogativa estatal, seria impensável deixar ao arbítrio privado o fornecimento, a seu critério, dos mais variados bens de interesse coletivo, necessários para o desenvolvimento e para o bem-estar da sociedade” (Acocella, 2016).

9 Para um histórico mais aprofundado acerca do direito de propriedade, v. nosso trabalho: Porto; Franco, 2016.

do¹⁰, teor que se reforça no art. 182 da CRFB¹¹⁻¹². Nossa procura por uma definição de *valor justo* se restringirá, portanto, ao estudo da indenização em desapropriações ordinárias, *i.e.*, aquelas que têm como fundamento o Decreto-Lei nº 3.365/1941 – que trata das desapropriações por utilidade pública e por necessidade pública – e a Lei nº 4.132/1962 – que disciplina as desapropriações por interesse social.

1.1 DA INADEQUAÇÃO DO VALOR VENAL

A primeira resposta possível para a fixação da “indenização justa” é a que a vincula ao pagamento do *valor venal*, mencionado no art. 27 do Decreto-Lei nº 3.365/1941. Este se expressa por um valor fixo, determinado em função da área da edificação, das características físicas do imóvel, da utilização (residencial ou não) e do valor do metro quadrado dos imóveis no logradouro. Contudo – e este pode ser um problema para a adequada ope-

-
- 10 CRFB: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXIV – a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição; [...]”.
- 11 CRFB: “Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. [...] § 3º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro”.
- 12 Não estudaremos, pois, as hipóteses de expropriação – previstas, a nosso sentir, no art. 243 da CRFB – que, embora previstas na Constituição de 1988, nada ou pouco têm a ver com o instituto da desapropriação. Do mesmo modo, afastemos a justa compensação em expropriações decorrentes de propriedades rurais e urbanas em que houver cultivo ilícito de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalhadores reduzidos à condição análoga à escravidão, uma vez que, nestas, sequer há indenização a ser paga ao proprietário. Tampouco investigaremos valores justos em expropriações sociais que, previstas pelo novo Código Civil, decorram da posse ininterrupta, de boa-fé, por mais de cinco anos, por considerável número de pessoas que tenham realizado obras e serviços considerados de interesse social e econômico relevante – *cf.* art. 1.228 do NCC –, na medida em que de desapropriação não se trata. Também não falaremos das desapropriações por interesse social para fins de reforma agrária – estas sim, verdadeiras desapropriações –, que têm como motivação o descumprimento de suas funções sociais da propriedade rural, na medida em que, por força do art. 184 da CRFB, a indenização comportada por esta modalidade de indenização, apesar de ser igualmente prévia e justa, se dá mediante títulos da dívida agrária resgatáveis no prazo de até vinte anos – *cf.* art. 184 da CRFB –, o que nublará o debate da justiça. Do mesmo modo, não nos ocuparemos das desapropriações para fins urbanísticos, as quais, conquanto sejam hipóteses de desapropriação, são indenizadas mediante títulos da dívida pública, com prazo de resgate de até dez anos – *cf.* art. 182 da CRFB –, o que também comprometeria o foco do nosso trabalho. Igualmente, não trataremos das desocupações que, a despeito de semelhantes às desapropriações, com elas não se confundem. Por exemplo, acoplando nosso estudo à realidade em que vivemos, inúmeras desocupações ocorreram quando da realização de megaeventos em nosso país, os quais deflagram a remoção de muitos indivíduos de determinadas áreas próximas às obras destes espetáculos. A título de curiosidade, parte da população do Rio de Janeiro, situada em áreas próximas às obras da Copa do Mundo de 2014 e das Olimpíadas de 2016, que se tornaram atrativas para os investidores privados e para a realização de grandes obras estruturais, se transformaram em zonas de verdadeiros conflitos jurídicos pelo direito à habitação. Pode-se observar que, somente na gestão municipal de 2009 a 2013, foram removidas 67.000 (sessenta e sete mil) pessoas, totalizando mais que o somatório dos períodos da gestão dos governos de Carlos Lacerda (30.000 pessoas removidas) e de Pereira Passos (20.000 pessoas removidas), famosos pelas suas políticas de remoção (Azevedo; Faulhaber, 2015).

racionalização da justa indenização –, o valor venal não leva em consideração circunstâncias externas relevantes, tanto objetivas quanto subjetivas, e nem o tipo de imóvel construído, dado que o cálculo se dá de acordo com aspectos alheios a essas questões.

É que, destrinchando a equação pela qual se chega ao valor venal de determinada propriedade (qual seja, Valor Venal = $A \times VR \times I \times P \times TR$), este será encontrado a partir da multiplicação da área do imóvel, vezes o VR (que significa o Valor Unitário Padrão Residencial, que corresponde ao que predispõe a Planta de Valores do Município, variável, portanto, de Município para Município), vezes I (que traduz o Fator Idade do imóvel, a fim de que se afira o tempo transcorrido desde o exercício seguinte ao da concessão do “habite-se” do imóvel, até a data em que se pretende calcular o valor venal deste bem¹³), vezes P (que quantifica a localização da propriedade, *i.e.*, se de frente ou de fundos, se se comunica com a via pública ou se carece de servidão de passagem porque encravado¹⁴), vezes, finalmente, a TR, que é o fator de Tipologia Residencial, o qual varia conforme algumas das peculiaridades do imóvel¹⁵.

Assim, imaginemos a indagação do valor justo de um imóvel que, por exemplo, possa ser oriundo de uma herança de um parente muito querido ou o fato de não haver ninguém residindo no local: nada disto será ponderado e tudo isto será desconsiderado no cálculo do seu valor venal. Essa frieza do valor venal acaba distorcendo¹⁶ o valor justo, tanto para mais (situação em que a sociedade, verdadeira responsável por custear os valores de indenização, despenderá mais dinheiro para indenizar um bem que valia menos) quanto para menos, hipótese em que o proprietário sairá prejudicado recebendo menos do que mereceria.

13 De modo que, quanto mais antigo o imóvel, menor será o valor de I.

14 Pelo que, quanto melhor seja a localização da propriedade em discussão, maior será o valor de P.

15 O valor do fator TR concernente às áreas residenciais (o cálculo para áreas comerciais é diferente) variará de acordo com a metragem do imóvel se se tratar de apartamento ou de acordo com a região em que se encontra a propriedade, caso se trate de casa. Por exemplo, de acordo com o Informativo Valor Venal referente ao IPTU do exercício de 2017 do Município do Rio de Janeiro, são critérios de valoração: apartamento com área de até 100 m², o valor do TR será de 0,90; apartamento com área acima de 500 m², o valor do TR será de 1,35; casa localizada na região A, o TR equivale a 0,60 e; se localizada na orla da região C, o TR será igual a 1,00. A tabela completa referente ao RJ pode ser consultada em: <<http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/6658766/4181506/INFORMATIVOVALORVENAL2017.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

16 Distorção essa que não passa despercebida pelo Poder Público, que, por nítido oportunismo conveniente (esquecendo que o jogo de palavras correto é o da oportunidade e conveniência), pretende aumentar o valor dos IPTUs a partir da elevação da base de cálculo do tributo, o que pode gerar uma supervalorização do, com o perdão da redundância, valor venal dos imóveis, a ponto de estes superarem até mesmo o valor de mercado (que, em geral, é mais alto). A esse respeito, v.: <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,valor-venal-pode-superar-mercado,468146>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

Dessa forma, a adoção do valor venal como elemento de definição da indenização em desapropriações refletiria, em muitos dos casos, um valor “justo” consideravelmente menor ou maior do que quanto o terreno de fato vale e, portanto, do que um proprietário faz jus a título de reparação. O mesmo se diga em relação a mansões luxuosas ou terrenos baldios, cujas peculiaridades não integrarão o cômputo do valor venal. Nesses casos, estando estes imóveis em terrenos de mesma área e na mesma localidade, um ao do lado do outro, eles possivelmente terão o mesmo valor venal, embora sejam propriedades notadamente diferentes e que, nesse sentido, talvez merecessem tratamentos também diferentes no momento de calcular o seu devido valor.

O valor venal, como vimos, está presente no já mencionado art. 27 do Decreto-Lei nº 3.365/1941, que identifica, como critério de indenização, o valor venal dos bens da mesma espécie com a relevante ressalva de que esta apuração deva se dar de acordo com os últimos cinco anos, o que, de alguma forma, seria capaz de quantificar e remunerar a variação da valorização do imóvel. Estima-se, como costumeiramente se aponta¹⁷, que o valor venal corresponda, em geral, a 70% do valor de mercado. Consequentemente, se o valor venal fosse aquele segundo o qual o Poder Público utilizasse como meio de indenização para desapropriar, teríamos um referencial de indenização, essencialmente por razões de igualdade, sujeito a diversos problemas.

Por esses motivos, o valor venal não deveria ser considerado como métrica para a identificação do valor justo para indenizar os desapropriados, dado que não leva em consideração diversos fatores que deveriam ser incluídos no seu cálculo e, assim, acaba representando valores distintos (geralmente menores) dos que, de fato, faz jus a propriedade. E, por se tratar de valor frio, mostra-se insuficiente para servir de parâmetro para algo tão restritivo ao direito fundamental à propriedade como é a desapropriação. A determinação de um valor justo, ao menos intuitivamente, não deveria negligenciar a possibilidade de o particular poder, concluída a desapropriação, adquirir imóvel semelhante na mesma localidade, o que não ocorre quando se recorre ao valor venal.

17 “Especialistas ouvidos pelo Estado temem que a revisão da Planta Genérica de Valores Imobiliários (PGV), subsídio para dimensionar o imposto, poderá tornar os valores venais superiores aos praticados pelo mercado. Isso significa, explicam, que a Prefeitura poderá avaliar o imóvel por um preço que não corresponde ao preço de comercialização. ‘A reavaliação da PGV é válida, mas não deve superar 70% do valor do imóvel’, alerta Márcio Chéde, diretor do Sindicato da Habitação de São Paulo (Secovi-SP).” (Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,valor-venal-pode-superar-mercado,468146>>. Acesso em: 24 ago. 2019)

1.2 O VALOR DE MERCADO COMO PARÂMETRO PROBLEMÁTICO E A VAGUEZA DAS ALTERNATIVAS

Na busca por um critério menos problemático do que o valor venal para a definição do valor justo, a primeira referência que surge para concretizar a expressão é a de “valor de mercado”, parâmetro aparentemente dominante na jurisprudência para preencher a exigência constitucional. A justiça da correspondência nessa hipótese se justificaria na medida em que a indenização paga ao particular equivaleria ao preço que o mercado estaria disposto a pagar pelo bem, caso o expropriado o colocasse à venda¹⁸. A justa indenização, assim, teria por objetivo recompor o patrimônio do expropriado a partir do que o mercado estaria disposto a oferecer pelo bem. Reforçando tal visão, o STJ já declarou não caber ao Estado “pagar mais do que o valor de mercado”¹⁹, opinião compartilhada também no TCU, para o qual a “indenização do imóvel ter por base [tão somente] o valor de mercado assegura a incoerência de prejuízo, considerando que, para fins de venda, terminaria mesmo sendo valorado ante o mercado imobiliário local”²⁰. O valor de mercado seria uma das dimensões da justa indenização, que se complementa pela proibição de enriquecimento sem causa ou ilícito. Como já também declarado no STJ, “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”²¹.

Embora intuitivamente plausível à primeira vista, o critério tem sido objeto de alguns temperamentos na jurisprudência (Baptista, 2018) e fortes críticas doutrinárias (Haddad; Santos, 2013). Para Patrícia Baptista, os descompassos entre os prejuízos efetivamente causados ao particular e os montantes indenizatórios moldaram a ampla compreensão social segundo a qual “ter um bem objeto de desapropriação [...] [é] um grande azar” (Baptista, 2018, p. 12).

18 Na mesma linha, de acordo com o International Valuation Standards, a expressão “valor de mercado” define-se como: “*The estimated amount for which an asset or liability should exchange on the valuation date between a willing buyer and a willing seller in an arm’s length transaction, after proper marketing and where the parties had each acted knowledgeably, prudently and without compulsion*” (Cf.: <https://www.ivsc.org/standards/glossary#letter_m>. Acesso em: 28 fev. 2019).

19 REsp 867.010/BA, 1ª T., Min. Luiz Fux, DJ 03.04.2008.

20 TCU, Ac. 1.190/2008, 1ª C., Rel. Min. Guilherme Palmeira, abr. 2008.

21 BRASIL. STJ, REsp 867.010, Rel. Min. Luiz Fux, Recorrente: Ordilanio Presser e outro, Recorrido: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra. Brasília, 11 de março de 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3787130&num_registro=200601504393&data=20080403&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 17 ago. 2018.

Duas razões parecem determinantes para justificar o “azar” a que expropriados costumam estar sujeitos. Primeiramente porque, para que se consiga definir o valor de mercado, é necessário que se faça uma comparação com processos reais de compra e venda, processos que exigem necessariamente um comprador e um vendedor, ambos com poder de barganha para definir o preço a ser pago pelo bem. No caso da desapropriação, entretanto, não existe um vendedor em potencial, o que culmina no fato de que o dono do imóvel é obrigado a se desfazer dele, cabendo-lhe discutir apenas o valor da indenização, já que “não entregar o bem para a Administração” não é, em regra, uma opção possível. Ademais, a obrigação de se desfazer do bem vem acompanhada do fato de que o valor a ser pago como indenização é definido pelo Estado, retirando completamente o poder de barganha e negociação do proprietário.

Em segundo lugar, uma compra e venda eficiente pressupõe que, ao final do processo, o bem esteja realocado com quem o valoriza mais. O valor de mercado simples não exige que sejam consideradas as circunstâncias alheias ao próprio bem que possibilita que o dono o valorize mais ou menos, não garantindo, portanto, que, no final do processo, o bem será realocado a quem mais o valoriza. Desse modo, nota-se que o valor de mercado não é o suficiente, com vistas a personificar a eficiência pretendida, pelo fato de não contabilizar os elementos externos ao bem em si que mencionamos. Com isto, ao nos depararmos com o conceito técnico de valor de mercado, podemos aferir certa contradição na pretensão de utilizarmos, como método valorativo, parâmetros de situações flagrantemente distintas, *i.e.*, o ato de compra e venda e a desapropriação e, mais do que isto, a invocação de um conceito que, pelo que vimos, não se aplicaria ao caso.

Em curtos meios, as principais características exigidas para um processo de compra e venda, a saber, a possibilidade da barganha e a vontade de se desfazer do bem, não existem no âmbito do processo expropriatório. Em termos econômicos, a grande questão que não parece ser considerada pela eleição do critério do valor de mercado diz respeito à alocação dos bens em desapropriações. A alocação àquele que mais valoriza o bem em comento é, como sabemos, característica determinante de um processo de compra e venda. Por essa razão, a alocação para o que mais valoriza o bem de conteúdo econômico relaciona-se intimamente com a definição do valor de mercado. Há isto no âmbito da desapropriação? Para que o bem fosse alocado com quem mais o valoriza, seria necessário que quem está disposto a adquiri-lo pagasse ao vendedor desejoso o suficiente para que ele não o valorizasse mais tanto quanto anteriormente valorizava. Entretanto,

inexiste, aqui, a reserva de escolha do vendedor, que de desejoso pouco ou nada tem.

Portanto, se, por um lado, é claro não haver consenso em torno da adequação do uso do valor de mercado como métrica para a identificação da justa indenização, parece ainda obscuro, contudo, como determinar o valor apropriado. Isso porque as alternativas ao uso do valor de mercado sugeridos especialmente em sede doutrinária apresentam-se comumente presas a *standards* vagos.

O ponto de partida para o desenvolvimento de qualquer equação destinada a atender o comando constitucional parece se localizar na adequada composição entre a tutela do direito fundamental à propriedade e a proteção contra o enriquecimento indevido tanto do Estado quanto do expropriado, que se beneficiaria às custas dos cofres públicos²². Para o atingimento desse objetivo, no entanto, as fórmulas variam. Há quem indique que “a indenização justa é a que cobre não só o valor real e atual dos bens expropriados, à data do pagamento, como, também, os danos emergentes e os lucros cessantes do proprietário, decorrente do despojamento do seu patrimônio” (Meireles, 2006, p. 162). Outros, por sua vez, indicam de maneira mais ampla que “[o]s valores correspondentes devem ser capazes de deixar incólume o patrimônio e as expectativas de lucratividade inerentes à propriedade expropriada” (Haddad; Santos, 2013, p. 514). Há, ainda, quem sugira o uso do conceito de “valor justo” tal qual definido no *International Valuation Standards*, segundo o qual o montante devido seria o “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” (Haddad; Santos, 2013, p. 514), ou a consideração dos parâmetros contidos do Padrão de Desempenho nº 5, da IFC, cujos parágrafos 27 a 29 tratam especificamente do assunto (Baptista, 2018, p. 13).

Em todos os exemplos citados, a abertura das variáveis passíveis de consideração se justificaria como estritamente preferível ao uso do valor de mercado pelo fato de nem sempre uma transação entre duas partes interessadas encontrar o seu preço de equilíbrio no valor que a média das pessoas na mesma situação estaria disposta a aceitar e pagar para negociar o bem. Com isso, a identificação do valor justo poderia amoldar-se melhor às diferentes situações encontráveis em casos de perda forçada do bem,

22 V. REsp 867.010, em que se lê no item 8 da ementa: “O conceito de justa indenização, na desapropriação, 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”.

permitindo a consideração de elementos particulares na fixação do montante indenizatório. Para Patrícia Baptista, é a necessidade de levar a sérios elementos que justificaria o recurso à *consensualidade* para orientar a fixação do valor justo, o que significaria a criação de uma fase negocial em qualquer procedimento de desapropriação (Baptista, 2018, p. 18). O ponto controverso dessa proposta, contudo, localiza-se na possibilidade de incorporação de elementos especificamente *subjetivos* que possam dizer respeito à relação que o expropriado mantém com o bem no valor da indenização (Baptista, 2018, p. 16). Isso porque, se, por um lado, a ideia de justa indenização deve ser sensível ao particularismo decisório, por outro, permitir tal flexibilidade pode tornar o processo de fixação do valor devido pelo Estado sujeito a incertezas imensuráveis.

Além disso, qualquer tentativa de incorporar elementos subjetivos, como o valor afetivo do bem, por exemplo, parece não encontrar respaldo legal. Ainda que o art. 27 do Decreto-Lei nº 3.365/1941 considere alguns elementos subjetivos para a apreciação judicial do valor devido (os critérios são a estimação dos bens para efeitos fiscais; o preço de aquisição e *interesse que deles aufero o proprietário*; a sua situação, estado de conservação e segurança; o valor venal dos da mesma espécie, nos últimos cinco anos; e, finalmente, a valorização ou depreciação de área remanescente, pertencente ao réu²³), em momento algum o decreto-lei leva em conta a *supressão da capacidade de barganha por parte do proprietário desapropriado* e, assim, o espaço para que o proprietário possa, com base em razões específicas que possa ter para fixar valor diferente do de mercado ao bem, negociar com a Administração²⁴. Descartado, pois, o critério do valor de mercado pela

23 Decreto-Lei nº 3.365/1941: “Art. 27. O juiz indicará na sentença os fatos que motivaram o seu convencimento e deverá atender, especialmente, à estimação dos bens para efeitos fiscais; ao preço de aquisição e interesse que deles aufero o proprietário; à sua situação, estado de conservação e segurança; ao valor venal dos da mesma espécie, nos últimos cinco anos, e à valorização ou depreciação de área remanescente, pertencente ao réu”.

24 Cabível citar, mais uma vez, Miceli e Segerson, que, embora concordem que a aquisição física requer indenização (de um ponto de vista legal), entretanto questionam-se qual o montante certo a se pagar essa desapropriação. A “indenização justa” requerida pela cláusula constitucional é interpretada pelas cortes americanas, endossam os autores, como o valor justo de mercado, o que também é aberto para interpretações. Por exemplo, o valor justo de mercado deve refletir o aumento decorrente do conhecimento geral do novo projeto público? A Suprema Corte estadunidense diz que não, e que o proprietário não deve receber por mais do que a sua perda e que, assim, não pode receber parte do ganho do tomador. Contudo, Epstein argumenta que sim e afirma que, em alguns casos, o proprietário deve receber uma parte dos ganhos do tomador, cf. Epstein (1985). Pelo exposto, as conclusões de Thomas J. Miceli e Kathleen Segerson podem ser sintetizadas na constatação de que, para os autores mencionados, embora a indenização justa seja definida pela jurisprudência, em geral, como o valor justo de mercado, existem boas razões para acreditar que isso subcompensa os proprietários, tendo como perspectiva o que eles teriam aceitado se fosse uma venda consensual. Enquanto isso pode criar excessivas desapropriações por parte do governo, uma regra que tem como base o valor do proprietário pode diminuir excessivamente a desapropriações, dado o problema de *holdout*. Ademais, o pagamento completo do valor de mercado leva a um problema de risco moral, segundo o qual os proprietários tendem a investir

sua incapacidade de incorporar certas preferências do expropriado, que se encontra forçado a entregar o bem à Administração sem a possibilidade de negociar o *quantum* indenizatório em montante capaz de extrapolar o valor que proprietários *dispostos* a vender seus bens estariam dispostos a aceitar, a definição de um critério apropriado para a justa indenização, por isso continua uma tarefa a ser desenvolvida de forma pouco parametrizada e ineficiente.

1.3 DA INADEQUAÇÃO DO RECURSO A UM PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O INTERESSE PARTICULAR COMO LIMITE À INCORPORAÇÃO DE ELEMENTOS SUBJETIVOS NA JUSTA INDENIZAÇÃO

Do ponto de vista das interações normativas, é possível reconstruir o problema jurídico em torno da parametrização do valor indenizatório justo em casos de desapropriação a partir da necessidade de composição harmônica de cinco objetivos constitucionais distintos. Como amplamente considerado doutrinária e jurisprudencialmente, de um lado, o direito fundamental à propriedade, que exige a superação de ônus especiais de argumentação para a validade de sua restrição; de outro, o interesse específico da Administração na desapropriação, que pode estar relacionado ao desempenho de suas atividades-meio ou à realização de outros objetivos constitucionais, notadamente direitos sociais como moradia, saúde ou educação. Além desses objetivos de primeira ordem, a sua composição harmônica requer, ainda, a seleção de medidas que levem a sério a necessidade, como limite, de evitar o enriquecimento sem causa às custas do Estado pelo expropriado e, finalmente, como meta-normas, os deveres de proporcionalidade e eficiência (Baptista, 2018, p. 10; Leal, 2006).

As razões anteriormente apresentadas erguem a pretensão de descartar o critério “valor de mercado” como apto para tornar operacionalizável o produto normativo de toda essa complexa equação. Em seu favor, no entanto, seria possível objetar que a referida relação normativa deveria incluir também um *princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular*. Tal norma, se devidamente considerada, poderia neutralizar a necessidade de consideração de aspectos subjetivos passíveis de

excessivamente em suas propriedades. Isso pode ser afastado por um sistema de indenização que inclui compensação igual a zero como um caso especial. Contudo, a inconsistência desse resultado sem indenização com a exigência constitucional de indenização justa, bem como a sua injustiça percebida, tem produzido vários contra-argumentos. Estes incluem: a necessidade de evitar desapropriações excessivas, a necessidade de prevenir o desenvolvimento prematuro de projetos, os benefícios de seguro de compensação para os proprietários avessos ao risco e os custos da desmoralização do não pagamento de indenizações.

serem apresentados pelo expropriado como a melhor maneira de justificar, de modo proporcional e eficiente, a restrição ao direito fundamental de propriedade. Isso porque, diante da possibilidade de realização de interesse público específico, a impossibilidade de barganha e a ausência de vontade de se desfazer do bem, por se revelarem simples expressões de interesses subjetivos – e, assim, interesses *particulares* –, não deveriam desempenhar papel relevante na quantificação da indenização. Nesse quadro, a supremacia do interesse público sobre o interesse particular não só justificaria por que o particular deveria se sujeitar, em casos de desapropriação, à vontade da Administração, como não lhe permitiria pleitear valor diferente daquele que outros particulares estariam dispostos a receber por bem semelhante posto à venda no mercado.

Esse argumento, porém, não deve prosperar, dada a existência questionável de um princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular. Embora haja quem mantenha a sua presença na ordem constitucional brasileira (Mello, p. 52; Barroso, 2005; Hachem, 2011; Osório, 200), a dificuldade de reconhecimento de uma tal supremacia se justificaria por razões substantivas e teórico-metodológicas. No primeiro caso, o que se discute é a compatibilidade da supremacia do interesse público com a ordem constitucional brasileira, centrada no sistema de direitos fundamentais. No segundo, problematiza-se a supremacia do interesse público como uma espécie de *princípio* jurídico.

Em relação ao último aspecto, a definição de uma relação de prioridade absoluta entre interesses públicos e interesses particulares não parece compatível com uma norma que guarda propriedades de princípios jurídicos. Para que assim fosse, a supremacia do interesse público deveria satisfazer os critérios apresentados por pelo menos uma teoria que fundamenta a distinção entre princípios e outras espécies normativas. Isso porque a determinação da natureza normativa de um comando jurídico não se segue diretamente de sua formulação textual, mas depende da satisfação das condições definidas por uma teoria sobre espécies normativas. No caso da supremacia do interesse público sobre o interesse particular, porém, consideradas diferentes possibilidades a partir de empreendimentos teóricos bem distintos, como a definição de princípios como mandamentos de otimização, em torno da qual se centra a caracterização estrutural de Robert Alexy (Alexy, 1994), ou a tradicional visão de que princípios são normas mais abertas ou vagas, típicas de esforços teóricos que sustentam distinções graduais entre espécies normativas, não há como caracterizá-la como uma

norma-princípio. Na síntese de Humberto Ávila, tal conclusão justifica-se porque

sua descrição abstrata não permite uma concretização em princípio gradual, pois a prevalência é a única possibilidade (ou grau) normal de sua aplicação, e todas as outras possibilidades de concretização somente consistiriam em exceções e, não, graus; sua descrição abstrata permite apenas uma medida de concretização, a referida “prevalência”, em princípio independente das possibilidades fáticas e normativas; sua abstrata explicação exclui, em princípio, a sua aptidão e necessidade de ponderação, pois o interesse público deve ter maior peso relativamente ao interesse particular, sem que diferentes opções de solução e uma máxima realização das normas em conflito (e dos interesses que elas resguardam) sejam ponderadas; uma tensão entre os princípios não se apresenta de modo principal, pois a solução de qualquer colisão se dá mediante regras de prevalência, estabelecidas *a priori* e não *ex post*, em favor do interesse público, que possui abstrata prioridade e é principalmente independente dos interesses privados correlacionados (p. ex. liberdade, propriedade). (Ávila, 2005, p. 184-185)

Do fato de não ser possível definir a prescrição de uma suposta supremacia do interesse público sobre o interesse particular como uma norma-princípio não se segue, contudo, que não se possa determinar a sua natureza normativa. No caso, parece que a norma, contra intuitivamente para aqueles acostumados a se referir a um “princípio da supremacia”, satisfaz exigências típicas de *regras*. Na verdade, uma *meta-regra* que estabelece uma relação de prioridade absoluta entre dois interesses passíveis de serem realizáveis em diferentes graus: os interesses públicos ou privados específicos que estão em relação de tensão em casos concretos (Ávila, 2005, p. 185). Em outros meios, a supremacia do interesse público sobre o interesse particular é a norma de segundo grau que determinaria a solução de colisões entre princípios que expressam interesses públicos e outros princípios que exprimem interesses particulares.

Para as discussões em torno do valor justo nos casos de desapropriação, o impacto da afirmação da supremacia do interesse público como *regra* – e não princípio – é ainda maior. Ao fixar abstratamente uma relação *definitiva* de prioridade entre interesses públicos e interesses particulares, a norma dificultaria ainda mais a defesa teórica da inadequação do valor de mercado ou qualquer outro critério que considere elementos subjetivos do particular na fixação do *quantum* indenizatório. O raciocínio seria simples: se a desapropriação está a serviço da realização de interesses públicos, a “justiça” da indenização se realizaria por meio do tratamento fictício do particular como um vendedor que coloca o seu bem à venda no mercado,

e não como alguém que, por não estar necessariamente disposto a se livrar do bem, deveria ter os seus interesses particulares levados a sério para a determinação do valor da indenização ao ponto de se reconhecer a hipótese de pagamento de valor *superior* ao de mercado pelo bem desapropriado.

A superação completa do argumento, por isso, depende de uma análise substantiva a respeito (i) da possibilidade de fixação de ordens absolutas de prioridade entre objetivos constitucionais e, como já antecipado, (ii) da compatibilidade de uma regra da supremacia do interesse público sobre o interesse particular com a Constituição.

Em relação ao primeiro ponto, a fixação de ordens absolutas entre princípios não encontra eco teórico relevante e contradiz a jurisprudência amplamente dominante do Supremo Tribunal Federal. Do ponto de vista teórico, dado que tanto o “interesse público” como o “interesse particular” não são princípios, mas rótulos que abrangem princípios que expressam diferentes interesses coletivos (p. ex.: a construção de uma sociedade solidária) ou distintos direitos fundamentais (p. ex.: liberdade de expressão e propriedade), é questionável se é possível fixar uma escala absoluta de preferência entre princípios *independentemente* de situações concretas (Alexy, 1994, p. 81 e 138). Ao contrário do que a norma prescreve, a determinação de uma prioridade entre interesses conflitantes depende – e se circunscreve – aos limites do caso concreto no âmbito do qual eles são ponderados. Olhando, ao mesmo tempo, para a jurisprudência do STF, parece inquestionável que, para a Corte, não há ordens absolutas entre objetivos constitucionais, especialmente entre direitos fundamentais²⁵.

No que diz respeito à adequação da existência de uma supremacia do interesse público na ordem constitucional vigente, o problema localiza-se na compatibilidade de uma norma que estabelece que interesses particulares sempre “perdem” quando em conflito com interesses públicos com as posições de destaque conferidas pelo constituinte originário aos direitos *individuais* (essa, para citar um único e forte exemplo, é a expressão do art. 60, § 4º, IV, da CRFB, que os fixa como cláusulas pétreas) e com o discurso doutrinário amplamente dominante que coloca o centro da Constituição Federal na dignidade da pessoa humana (Binenbojm, 2005, p. 141).

25 V., como exemplo, o HC 93.250/MS, em que se lê, no item 6 da ementa: “Na contemporaneidade, não se reconhece a presença de direitos absolutos, mesmo de estatura de direitos fundamentais previstos no art. 5º da Constituição Federal, e em textos de Tratados e Convenções Internacionais em matéria de direitos humanos. Os critérios e métodos da razoabilidade e da proporcionalidade se afiguram fundamentais neste contexto, de modo a não permitir que haja prevalência de determinado direito ou interesse sobre outro de igual ou maior estatura jurídico-valorativa”.

Nesse quadro, uma norma que coloca o interesse coletivo – como sinônimo do interesse público (Binenbojm, 2005, p. 131) – acima do interesse particular (ou individual) choca-se diretamente com o direito constitucional positivo e com o trabalho dogmático feito a partir dele. Assim, mais uma vez na síntese de Ávila, o alegado princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular não encontra fundamento de validade na ordem jurídica brasileira. “A Constituição brasileira, muito mais do que qualquer outra, é uma Constituição cidadã, justamente pela particular insistência com que protege a esfera individual e pela minúcia com que define as regras de competência da atividade estatal” (Ávila, 2005, p. 187).

Desfeito, assim, do argumento substantivo em favor da existência de uma norma constitucional que prevê a supremacia do interesse público sobre o interesse particular, resta apenas a tese trivial de que a composição adequada entre os interesses públicos perseguidos pela Administração pelo ato de desapropriação e os interesses particulares que sustentariam maior resistência por parte do cidadão em face da ação estatal sobre a sua propriedade depende das particularidades de cada caso concreto. Com isso, enfraquece-se a tese de que o valor de mercado deve ser considerado sempre o mais apropriado para exprimir a justa indenização a que se refere a Constituição nos arts. 5º, XXIV, e 182, § 3º.

2 POSSÍVEIS AVANÇOS A PARTIR DO OLHAR DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Descartada a possibilidade de o valor de mercado ser o critério apropriado para a fixação da indenização em casos de desapropriação (ou, em uma versão mais fraca da tese, de ele ser *sempre* o melhor critério), a busca pela parametrização do significado de uma “justa indenização” segue em aberto. Ela segue, na verdade, *urgente*, na medida em que o abandono de um critério objetivo, ainda que inadequado, em favor da abertura à consideração de elementos subjetivos vem sempre acompanhado pelo risco de os processos de fixação dos valores das indenizações serem inundados de incerteza, imprevisibilidade e desigualdade.

Visando a lidar com essas dificuldades, duas visões *econômicas* a respeito da quantificação da devida compensação no cenário norte-americano em situações semelhantes podem lançar luzes interessantes sobre o debate nacional em torno da concretização do objetivo constitucional de justa indenização. São elas as de Daniel Farber (Farber, 1992) e Katrina Wyman (Wyman, 2007). Ambas se tornam especialmente frutíferas para o avanço das discussões sobre o valor justo quando se leva a sério a *eficiência* como exigência constitucional a ser considerada na melhor composição particular

entre os interesses da Administração e a tutela adequada do direito fundamental de propriedade e outros interesses particulares que possam incidir em casos concretos.

2.1 FARBER E A (IM)POSSIBILIDADE DE A INDENIZAÇÃO FUNCIONAR COMO UM SEGURO

Ao discutir os modelos econômicos de desapropriação à luz da construção de rodovias e barragens, Farber usa como referência William Fischel e Perry Shapiro (Fischel; Shapiro, 1988) para apresentar a perspectiva convencional sobre a indenização governamental. Fischel e Shapiro iniciam o artigo citado por Farber aduzindo que, para a maioria dos economistas e juristas, a cláusula de justa indenização em desapropriações – assim como nas demais modalidades de *takings* estatais que pressuponham indenizações – conduz à eficiência. Os autores esclarecem que essas constatações podem ser extraídas da leitura de autores vinculados à *public choice*, entre os quais citam William F. Baxter e Lillian R. Altree (Baxter; Altree, 1972), Louis De Alessi (Alessi, 1969), Richard Epstein (Epstein, 1985) e M. Bruce Johnson (Johnson, 1977). A correlação entre justa compensação e eficiência se dá porque a inexistência do dever de indenizar por parte do Estado reduziria os incentivos para que os proprietários conservassem e aprimorassem a utilidade de suas propriedades, porque haveria justificável receio de perda dos investimentos feitos em seu patrimônio diante da não compensação, fazendo os investimentos ficarem abaixo do nível ótimo. A exigência de compensação teria, segundo Fischel e Shapiro, dupla função: a de limitar o poder do Estado (que teria seu poder de império de algum modo cerceado pela contracautela da mandatária indenização) e a de pré-fixar uma garantia mínima de salvaguarda da propriedade privada²⁶.

Todavia, essa não é a opinião de Shapiro, que, em coautoria com Blume e Rubinfeld (Blume; Rubinfeld; Shapiro, 1984), argumentou que a justa compensação em indenizações por desapropriações não é meio idôneo para garantir eficiência²⁷. Isso porque, segundo os autores, a compensa-

26 "The compensation requirement thus serves the dual purpose of offering a substantial measure of protection to private entitlements, while disciplining the power of the state, which would otherwise overexpand unless made to pay for consumes." (Fischel; Shapiro, 1988)

27 Nesse sentido, oportuno estabelecer uma interlocução entre o que propõe Farber e o que assinala o trabalho de Thomas J. Miceli e Kathleen Segerson denominado *The economics of eminent domain: private property, public use, and just compensation*. Em termos econômicos, a intervenção estatal é justificada para promover bens públicos e para regular as externalidades. Muitas vezes, essas intervenções dependem de interferências na propriedade privada. Miceli e Segerson destacam que essa interferência pode ser física, ou seja, uma desapropriação direta, ou pode ser indireta, feita por meio de regulações do governo. Miceli e Segerson começam dizendo que a cláusula constitucional sobre desapropriação tem dois componentes-chaves: 1) a necessidade de ser para uso público; e 2) a necessidade do pagamento de indenização justa – que as

ção pelos *takings* estatais encoraja os proprietários a investir excessivamente em sua propriedade – uma vez que, quanto mais valorizadas, maior será a indenização –, o que faz com que eles ignorem o custo de oportunidade de seu patrimônio *vis-à-vis* escolhas públicas possivelmente eficientes. Cria-se, portanto, o risco moral de que o proprietário, ciente de que poderá ser desapropriado – e que, uma vez desapropriado, receberá uma indenização proporcional à valorização de seu bem – invista de forma desmedida, acima do que investiria em um mercado regular sem a possibilidade de desapropriação.

A ideia de Shapiro, Blume e Rubinfeld consiste em enxergar a justa compensação estatal como um seguro. O valor justo em uma indenização serviria como uma medida subsidiária à não contratação de seguros privados por parte dos proprietários. Para os autores, a justa indenização deveria ser dada àqueles que não tivessem contratado um seguro privado de sua propriedade – que, em tese, abarcaria o risco da desapropriação – ou como uma forma de propagação dos riscos a partir de contratos contingentes ou coligados. E, tendo em vista que, em geral, seguros privados são contratados por proprietários ricos, concluem os autores que o Estado indenizaria, primordialmente, os proprietários pobres.

Em diálogo com Shapiro, Blume e Rubinfeld, Farber explica que, por exemplo, em um país que está tentando conseguir investimentos estrangeiros, tem-se um alto risco para um duplo comportamento estratégico: primeiramente, por parte do governo, que faz promessas ambiciosas para convencer o investidor, contudo, depois de um tempo, confisca a sua propriedade; e, em segundo lugar, por parte do investidor, que tende a não investir por medo do risco. Farber caracteriza esse pano de fundo – necessidade de proteção do investidor estrangeiro – como a razão subjacente para a previsão normativa de indenização justa para desapropriação. Reconhece, no entanto, que a aplicação dessa cláusula pode gerar contradições práticas, tendo em vista que as situações entre um estrangeiro e um residente são diferentes porque, no primeiro caso, o ganho com a indenização do investidor é líquido, já que este indivíduo não paga os tributos; e, no segundo

Cortes vêm definindo como o valor de mercado. Isso restringe o modo de atuação do governo no que tange à desapropriação de propriedade privada. Por vezes, a interferência por meio de regulação é tão intensa que pode gerar a necessidade de indenização. Por uma perspectiva econômica, não há diferença entre os dois modelos de intervenção – nos dois casos o governo impõe um custo para o proprietário para promover um benefício social. Contudo, por uma perspectiva legal, a questão sobre a necessidade de indenização se difere nos dois casos: é sempre devida nos casos de desapropriação, mas raramente devida nos casos de regulação.

caso, o contribuinte paga altas quantias, via tributação, para financiar a indenização quando outros indivíduos têm a sua propriedade desapropriada. A conclusão é a de que o estrangeiro não precisa ser avesso ao risco para preferir uma norma que imponha a indenização, porque esta é financiada pelos residentes contribuintes. Por sua vez, para que o residente prefira a existência de uma norma de indenização, ele tem que ser avesso ao risco, pois Farber considera a quantia paga para a indenização de outro residente como uma *garantia* para que, caso a sua propriedade seja desapropriada, o governo tenha o dever de lhe pagar a indenização. Logo, se o residente não é avesso ao risco, ele vai preferir não pagar esta quantia, sabendo-se, por exemplo, que a possibilidade de sofrer desapropriação é mínima. Outra diferença é a de que, em um cenário sem indenização, o governo tem altos incentivos para desapropriar o estrangeiro e baixos incentivos para desapropriar os residentes, já que, ao passo que os primeiros não têm direito a voto, os segundos são eleitores.

Uma outra questão que merece destaque é: por que deve o governo ser o fornecedor deste seguro e não o setor privado? Farber apresenta duas explicações para essa pergunta: a primeira é o risco moral; a segunda, a seleção adversa. No primeiro caso, com uma indenização integral por parte do governo, os agentes econômicos mudariam os seus comportamentos e o *lobby* contra a apreensão de propriedade se reduziria. No segundo caso, poderia haver indivíduos com conhecimentos internos sobre a possibilidade de desapropriação, o que poderia gerar o risco moral da superestimação dos investimentos em sua propriedade. Fischel e Shapiro apresentam um contra-argumento baseado no custo psicológico: as pessoas ficam mais insatisfeitas quando veem sua propriedade confiscada do que destruída em um acidente, o que encontraria suporte na teoria dos prospectos (Kahneman; Tversky, 1979).

Em seguida, Farber analisa os efeitos nos incentivos do governo, apontando que a indenização impede a expansão além do desejável de programas de governo. Contudo, deve-se levar em consideração que, nos casos de projetos economicamente eficientes – em que os benefícios excedem os custos para a sociedade –, e ignorando os efeitos de seguro, os contribuintes estariam dispostos a que esses projetos fossem adiante, mesmo sem indenização. Logo, os efeitos dos incentivos à indenização são apenas desejáveis nas situações em que os projetos ineficientes são desencorajados. À primeira vista, segundo a teoria das externalidades, é compreensível que o fato de o governo pagar todos os custos do projeto – internalizando os

custos – gera eficiência. Apesar disso, Farber apresenta a ideia presente no artigo de Saul Levmore (Levmore, 1990) que defende que os indivíduos que têm a propriedade desapropriada não são bem representados no processo político. Entretanto, Farber usa o contra-argumento de que eles podem não ser agentes políticos, mas são igualmente atraentes para estes agentes. Os efeitos da indenização gerarão o deslocamento dos custos do projeto para outros grupos. E, como, com a indenização completa, os indivíduos não têm incentivos para resistirem à desapropriação, cresce potencialmente o número de projetos ineficientes. Sendo assim, é compreensível que o fenômeno do *rent-seeking* seria mais eficazmente contido por uma exigência de não indenização. Isso criaria, segundo o risco moral, um *lobby* poderoso contra o governo nos projetos ineficientes, limitando, assim, esses tipos de projetos. Esse argumento pode parecer paradoxal porque a proibição de indenização transfere os custos dos contribuintes para uma pequena quantidade de proprietários de terra. Contudo, como ressalta Bruce Ackerman, as minorias às vezes podem ter poderes desproporcionais se comparadas com as majorias (Ackerman, 2000). Portanto, a falha dessa teoria é que ela parece apresentar razões fortes tanto para a proibição da indenização como para sua obrigatoriedade.

Em suma, Farber constata que a regra de que todos os proprietários que têm suas terras desapropriadas devem ser compensados tem benefícios eficientes: aumenta a previsibilidade e diminui a probabilidade de um comportamento estratégico. Além disso, ela se justifica por razões de igualdade. Em um cenário em que exista a indenização por parte do governo, a vulnerabilidade política de cada grupo não pode contar como variável de aplicação ou não da indenização.

2.2 WYMAN E OS RISCOS DA EXTREMA SUBJETIVIDADE

O argumento central do artigo de Wyman é a constatação de que o debate sobre a indenização resultante da desapropriação é realizado de modo superficial. A ideia de Wyman justifica-se porque, segundo a autora, a maior parte das propostas de reforma baseia-se no mesmo pressuposto problemático: as indenizações devem deixar os proprietários subjetivamente indiferentes à desapropriação. Por outro lado, Wyman defende que, na verdade, os proprietários devem se sentir objetivamente indiferentes quanto à desapropriação. Por fim, para fundamentar o argumento, o artigo esboça uma medida objetiva de compensação.

O artigo desenvolve-se a partir da decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos de 2005, em *Kelo vs. City of New London*²⁸ e da nova perspectiva que o caso suscitou sobre o montante de indenização justa em uma desapropriação²⁹. Wyman propôs-se a fazer uma releitura dos argumentos

- 28 New London, que esteve em declínio econômico por décadas, finalmente passava por um momento de revitalização, o que propulsou a desapropriação de certas propriedades privadas com a finalidade específica de impulsionar a economia. Diante disto, os proprietários que tiveram suas terras desapropriadas se insurgiram contra a medida e argumentaram que expropriações desvinculadas de finalidades primordialmente públicas violavam a cláusula constitucional sobre desapropriação no que tange à necessidade de atender à condição de uso público. Nada obstante, a Corte discordou e decidiu que o desenvolvimento econômico é, sim, um uso público válido. Essa decisão gerou considerável insegurança, uma vez que, aparentemente, suas propriedades estariam ainda mais vulneráveis ao domínio eminente. Nos Estados Unidos, as mudanças legislativas ocorridas em nível estadual e o andamento do próprio caso, na Suprema Corte, fizeram Wyman acreditar que a Suprema Corte deveria rever a fórmula para a concessão de uma indenização justa.
- 29 Um contraponto, porém, merece ser posto em discussão. Como pontuam Thomas J. Miceli e Kathleen Segerson em sua obra *The economic of eminent domain: private property, public use, and just compensation*, por nós já citada, a questão do requisito de uso público como pressuposto às desapropriações não é exigência consolidada. Existe uma zona cinzenta a respeito de sua força cogente. Contudo, as Cortes têm se inclinado no sentido de defender o direito do governo de usar o domínio eminente nos casos de projetos de desenvolvimento econômico. Este princípio foi estabelecido *prima facie* no caso *Berman v. Parker* (348 U.S. 26, 1954), no qual se decidiu que poderia ocorrer a desapropriação desde que o desenvolvimento da área toda fosse de interesse público. O tema foi então revisitado no caso *Kelo v. New London* (125 S.Ct. 2655, 545 U.S. 469, 2005), em que ficou decidido que o desenvolvimento planejado se enquadrava no conceito de “uso público”. A discussão do caso *Kelo v. New London*, reiniciou o debate acerca da extensão do “domínio eminente”, pelo que se dispunha a investigar quão amplo deveria ser o Poder estatal de se valer dos *takings* para fazer uma propriedade privada ser destinada para intitulado “uso público” do bem, embora este não fosse tão evidente assim. Mais especificamente, a controvérsia levada à Suprema Corte dos EUA versava sobre a (im) possibilidade de que uma propriedade privada fosse objeto de um *taking* com um propósito *a priori* privado, pelo qual o domínio eminente se operaria em favor de outro ente privado sob a argumentação de que o outro particular – em prol de quem o *taking* se daria – teria melhores condições de promover o desenvolvimento econômico daquela propriedade, o que coincidiria com o interesse público do Estado à época, que era o de estimular a economia de New London. A desapropriação para fins de desenvolvimento econômico, *in casu*, seria recomendável e autorizada, ainda que satisfizesse o interesse público apenas incidentalmente, por considerar que é poder-dever do Estado entregar a propriedade privada àqueles que tenham condições de gerar maiores e melhores benefícios sociais do que seus anteriores proprietários. Com isso, a Suprema Corte deu uma guinada em direção oposta à sua clássica jurisprudência que conferia à cláusula de *just compensation* em *Takings* uma interpretação notadamente restritiva ao conceito de uso público e, por via reflexa, ao exercício do Poder Estatal. A partir disso, a jurisprudência comparada estabeleceu vários princípios para determinar quando o governo deve pagar indenização por uma regulação que se caracteriza como desapropriação, dos quais os autores apresentam cinco: 1) a doutrina do uso nocivo; 2) o teste da diminuição de valor; 3) a existência de expectativa de *investment-backed*; 4) a existência de reciprocidade de vantagens e; 5) a exceção incômoda. A doutrina do uso nocivo ficou estabelecida em 1887, no caso *Mugler v. Kansas* (123 U.S. 623, 1887). A questão, neste caso, era sobre a proibição, por meio de lei estadual, da operação de cervejarias, por ser potencialmente prejudicial à população. A Suprema Corte decidiu que o Estado poderia usar de seu poder de polícia para evitar atividades prejudiciais à saúde, à moral ou à segurança da comunidade sem a necessidade de pagar indenização quando a regulação implicasse diminuição do valor da terra. Em 1992, a Corte mudou a sua posição no caso *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon* (260 U.S. 393, 1922), no qual ficou estabelecido o “teste de valor de diminuição”. A Corte decidiu que uma regulação que reduz consideravelmente o valor de uma propriedade constitui, na verdade, uma desapropriação e, assim, requer indenização, mesmo quando a regulação visa a evitar dano público. Vale destacar que este caso foi um divisor de águas, pois, até então, graças à doutrina do uso nocivo, indenizações por regulação não iam a frente. Em 1978, ocorreu mais uma decisão importante para o tema: *Penn Central Transportation Co. v. City of New York* (366 N.E.2d 1271, N.Y. 1977; affirmed 438 U.S. 104, 1978). Neste caso, ficou decidido que a cidade de Nova York tinha o direito de impedir que os proprietários do “Grand Central Terminal” construíssem um prédio, alegando ser um local histórico, sem a necessidade de pagar indenização. Além deste ponto, esse caso trouxe outro marco para o tema por meio do voto dissidente, que foi usado no caso *Agins v. Tiburon* (157 Cal.Rptr. 373, 1979; affirmed 447 U.S. 255, 1980): foi argumentado que um proprietário de terras sujeitas

da Suprema Corte sob a ótica dos aspectos objetivos e subjetivos presentes na decisão. Argumenta a autora que a indenização pautada em critério subjetivo, qual seja, o de deixar a pessoa subjetivamente no mesmo estado que ela estaria se a desapropriação não tivesse acontecido, não é executável porque, segundo Wyman, esse método pode ser extremamente caro e perpetuar diferenças sociais, no sentido de basear escolhas de políticas públicas em preferências individuais. Wyman indica, como solução à sua crítica, a medida objetiva, pela qual a indenização deve fazer o desapropriado desfrutar do que a sociedade pode desfrutar, na mesma medida em que ele, indivíduo, desfrutaria antes da desapropriação. De todo modo, Wyman reconhece que ambos os tipos de medida, tanto subjetiva quanto objetiva, têm imperfeições e que a melhor escolha deve vir seguida de uma profunda análise do caso concreto.

Wyman, então, passa a analisar qual seria a adequada medida de indenização. Para isso, ela começa fazendo uma analogia entre a desapropriação e o dano à propriedade, uma vez que ambos (i) interferem no direito de propriedade e (ii) têm a justificativa para a imposição de responsabilidade na dissuasão e na justiça. Wyman destaca que, em geral, atrela-se a indenização à promoção de justiça distributiva. Todavia, todas as teorias de justiça corretiva estão baseadas na ideia de que a vítima deve estar na mesma posição que estaria caso não tivesse ocorrido a interferência indesejada. Assim, a situação de justiça antes da interferência não é questionada e, portanto, a vítima deve ser colocada no mesmo lugar que estaria, ainda que esse cenário fosse considerado injusto. Apesar disso, é preciso reconhecer que a noção de justiça corretiva não é capaz de dizer a medida da restauração do dano: pode, quando muito, afirmar o dever de compensação, mas dificilmente conseguirá quantificar a reparação integral devida. Nesse cenário, a grande pergunta que se coloca é: como reestabelecer o *status quo ante* daquele vendedor não desejoso que, ainda que à contragosto, foi compelido a alienar sua propriedade? Nesse aspecto, a conclusão da autora reforça as conclusões anteriores sobre a inadequação do valor de mercado

a uma lei de zoneamento deveria compartilhar com outros proprietários os custos e benefícios do exercício de poder de polícia da cidade e que a desapropriação não tem lugar se a proibição aplica-se a uma ampla seção transversalmente de terra e, assim, asseguraria uma reciprocidade de vantagem. Por fim, o último ponto que Thomas e Kathleen apontam como um marco para a “desapropriação por regulação” é a chamada “exceção incômoda”. Em 1992, a Corte julgou o caso *Lucas v. South Carolina Coastal Council* (112 S.Ct. 2886, 505 U.S. 1003, 1992), no qual ficou decidido que mesmo uma regulação válida e regular pode comprometer todo o conteúdo econômico de uma propriedade particular, o que demandaria que, nestes casos, também houvesse indenização por *taking* em favor do proprietário que teve o uso econômico de sua propriedade tolhido. A partir deste caso, deu-se a noção de ato injusto, isto é, a prática de condutas que, ainda que lícitas, podem gerar direito a indenização se seu impacto (como era o caso da regulação *Beachfront Management Act* em discussão) comprometerem os direitos de propriedade do particular.

para expressar a justa indenização, pois ambos se mostram incapazes de garantir esse reestabelecimento.

Em seguida, Wyman argumenta que a maioria das regras sobre indenização por desapropriação (e até mesmo as propostas de alteração) tem como base a ideia de que o indivíduo deve ser compensado à luz de um parâmetro subjetivo, ou seja, segundo o valor que ele atribui para a sua perda. Nos EUA, por exemplo, a quinta emenda – que afirma que o governo deve pagar uma indenização justa quando ocorre a desapropriação – é interpretada pela Suprema Corte como sendo relativa àquela indenização capaz de deixar o desapropriado completo, *i.e.*, integralmente reparado, noção esta que em geral coincide com o valor justo de mercado. Isso se dá porque as Cortes reconhecem que é praticamente impossível reparar segundo um critério subjetivo, pois isto traria incentivos para que o proprietário, tão logo soubesse que seria desapropriado, se comportasse de modo oportunista e exagerasse no valor subjetivo da propriedade para que sua indenização aumentasse. Além disso, a Suprema Corte reconhece que o valor de mercado reflete as escolhas de vários indivíduos e não apenas de um. Segundo Wyman, essa é uma razão para que o método do valor justo de mercado não seja igual ao método que a autora chama de objetivo – já que conta com preferências individuais. É preciso perceber que há perdas que, alheias à frieza do valor de mercado, acabam sendo internalizadas por aqueles que forem desapropriados. Wyman divide essas perdas sem indenização em três categorias: a primeira é aquela que o valor de mercado não cobre, como os honorários advocatícios; a segunda se refere às perdas subjetivas, difíceis de serem quantificadas; e, por fim, não propriamente uma perda, mas sim um ganho, é preciso não negligenciar o fato de que a norma nega aos desapropriados uma parte dos eventuais ganhos gerados pela desapropriação dos seus bens³⁰.

Nesse cenário, Wyman sugere soluções aos modelos de quantificação de valor justo estabelecidos.

2.2.1 Reformas propostas à justa compensação em desapropriações

Wyman divide as propostas em quatro categorias, todas objetivando deixar o desapropriado subjetivamente indiferente à desapropriação. A pri-

30 A autora faz menção à normas federais e estaduais que requerem uma indenização maior do que a do valor de mercado, as quais motivam os governantes a, em muitos casos, voluntariamente, pagar ao expropriado mais do que o valor de mercado. Quando isso acontece, o que na prática ocorre é que o governo divide os custos do que é excedente ao valor de mercado com o próprio desapropriado.

meira se refere àquelas propostas que pretendem indenizar o desapropriado na medida das perdas que ele tem que arcar. A segunda se refere à teoria de que o proprietário deveria receber o valor de seu novo imóvel se esse for maior do que o valor de mercado. A terceira categoria é aquela que defende que o proprietário deve receber parte do excedente gerado pela desapropriação. Wyman cita, a este respeito, Clayton Gillette, que sugere que quando uma propriedade privada é desapropriada para desenvolvimento econômico, a indenização deveria “*reflect not just the current value of the condemned land, but also some percentage of the proposed project’s expected benefits to the municipality*” (Gillette, 2005). Essa tese está ligada com a ideia de promover tomadas de decisões eficientes por parte do governo, o que significa pressupor que o governo teria incentivos para dar seguimento apenas aos projetos capazes de gerar ganho suficiente para cobrir os custos da indenização. Por fim, a quarta categoria refere-se à tese de que os proprietários têm que ser indenizados conforme o valor subjetivo que dão à propriedade. Aqui, cabe destacar, não se está falando dos sentimentos que o proprietário tem pela propriedade, que são muito difíceis de serem quantificados, mas sim de qual valor o proprietário atribui à propriedade, já que se ele atribuísse o valor de mercado, ele a teria vendido. Para exemplificar a ideia, Wyman cita o *paper* de Abraham Bell e Gideon Parchomovsky (Bell; Parchomovsky, 2007), os quais propuseram a seguinte ideia: a Administração deveria anunciar que pretende desapropriar certas propriedades e, assim, os proprietários deveriam informar os valores que dão aos seus bens. Para incentivar valorações honestas, os proprietários deveriam pagar os tributos incidentes de acordo com a sua *autoavaliação*.

Apresentadas as quatro possibilidades, Wyman analisa a medida subjetiva de indenização, dando ênfase para os pontos negativos. Acerca dos atrativos da medida subjetiva, um primeiro argumento que pode ser utilizado é que a medida subjetiva respeita a autonomia privada enquanto importante valor em sociedades liberais – no caso brasileiro, ressalte-se, esse valor ganha *status* de direito fundamental. A propriedade privada pode ter o significado de promover a autonomia individual porque ela dá aos indivíduos uma esfera na qual eles são livres para seguirem as suas escolhas. Contudo, Wyman aponta que existem razões para se acreditar que as preferências individuais relacionadas à indenização por desapropriação nem sempre é produto de escolhas autônomas. O segundo argumento usado é que essa medida é mais fácil de administrar do que uma medida objetiva. Por exemplo, implementar uma medida objetiva depende da institucionalização de um sistema administrativo ou judicial que está sujeito à aceitação de um conceito de “o que faz uma pessoa se sentir completa” para formar

a base para o cálculo da indenização. Entretanto, também existem muitas dificuldades com a medida subjetiva, como já foi citado ao longo do texto, e a própria Suprema Corte as reconhece, utilizando-se, assim como se revela dominante no caso brasileiro, do valor justo de mercado. Cabe ressaltar, porém, que, além de todos os problemas já apresentados neste texto, o próprio valor de mercado também pode ser difícil de ser obtido, já que, muitas vezes, a propriedade a ser desapropriada é única³¹.

2.2.2 Uma medida de indenização objetiva alternativa

Na medida objetiva, o fato de o indivíduo estar se sentindo completo depende não dele, mas do julgamento de outros sobre o que torna uma pessoa completa. O primeiro desafio é definir a métrica objetiva, *i.e.*, determinar a concepção sobre o que faz uma pessoa completa. Duas podem ser as respostas. Uma se sustenta sobre a visão de que o indivíduo tem que estar na posição de desfrutar da mesma lista de coisas que desfrutaria se não tivesse ocorrido a desapropriação. Outra se baseia na teoria da capacidade de Amartya Sen (Sen, 1989). Sen iguala qualidade de vida com aproveitar as capacidades, ou seja, o indivíduo deve poder desfrutar os mesmos recursos que nós, como sociedade, consideramos valiosos, antes e depois da desapropriação. O próximo desafio é utilizar essa concepção criada anteriormente – partindo-se da premissa de que ela é correta – para calcular a indenização. Pode-se implementar uma medida objetiva de quaisquer das três maneiras a seguir. Primeiro, poder-se-ia tentar chegar a um pagamento único que todos os desapropriados receberiam pela tomada de suas propriedades. Apesar do baixo custo de administração, não pode ser o ponto de partida, pois ignora a diferença em relação às desapropriações. Esse é exatamente o problema do critério “valor de mercado”. A segunda maneira poderia ser por meio de uma tabela determinada pelo legislador. Seria necessário, conseqüentemente, categorizar as possíveis diferentes de-

31 Por outro lado, também é possível enxergar críticas normativas à medida subjetiva. Wyman elenca três objeções. A primeira é que algumas preferências individuais são questionáveis. Wyman exemplifica com a situação de um indivíduo etnocêntrico que, em um contexto de segregação racial, pode valorizar mais a sua propriedade por estar em um “bairro de brancos”. Esta seria uma preferência racista. Sendo assim, pagar este indivíduo baseado em sua preferência seria questionável. Não obstante, problemáticamente, o sistema legal já compensa o desapropriado com base em preferências questionáveis tendo como base o valor de mercado, pois este incorpora esse tipo de preferências. Outra objeção é que as preferências de umas pessoas podem ser mais caras do que as de outras pessoas. Compensar por gostos mais caros pode criar um risco moral, isso porque, as preferências mais caras acabariam sendo subsidiadas. A terceira crítica enfatiza que as preferências são adaptativas. Isto é, parte da premissa de que as preferências não são inatas e sim produto de circunstâncias. O ponto é que equalizar a capacidade de satisfazer as preferências quando as preferências são produto de circunstâncias preocupantes, tais como as desigualdades sociais, reforça e perpetua as circunstâncias indesejáveis. Uma solução possível seria indenizar os indivíduos por todas as suas perdas, exceto pelas perdas vindas desse tipo de preferências.

sapropriações, o que não é simples. Wyman defende, então, que o melhor método é o *case-by-case* norteado pelas necessidades de (i) avaliar objetiva e individualmente a extensão do que cada desapropriado aproveitava antes da desapropriação e pode aproveitar agora e (ii) pagar a este indivíduo o montante necessário para que ele aproveite as coisas do mesmo modo depois da desapropriação. O contraponto é que uma medida objetiva depende da criação de uma concepção geral de boa vida e isso poderia gerar uma considerável incerteza com consequências negativas como, *v.g.*, o de condicionar *ex ante* as decisões individuais de tomadores de decisões. Ainda que a resposta não seja precisa, a proposta de Wyman, ao mesmo tempo em que reforça, sob a perspectiva da análise econômica do direito, a inadequação de critérios fixos como o de valor de mercado, é capaz de acomodar as variáveis subjetivas que representariam a melhor maneira de cristalizar, em cada caso, a demanda constitucional por justa indenização.

CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho vimos que o tanto o valor venal como o valor de mercado mostram-se critérios inadequados para a quantificação da justa indenização a que alude a Constituição nos casos de desapropriação. Em breve síntese, a crítica central reside justamente na constatação de que nenhum dos parâmetros considera particularidades que podem se revelar especificamente relevantes no processo de desapropriação.

É certo que a consideração de qualquer peculiaridade tornaria o processo no âmbito das desapropriações custoso e demorado, além de problemático e ineficiente, uma vez que aumentaria em muito a dificuldade de se achar o preço que correspondesse a cada propriedade, aumentando, com isto, os custos de transação possibilitando o enriquecimento indevido. Do mesmo modo, poderia ser considerada injusta a aplicação desses critérios particularistas, na medida em que ninguém estaria satisfeito se outra pessoa com um imóvel de valor semelhante ao seu recebesse mais do Estado devido a circunstâncias singulares.

Se, por exemplo, supusermos que o imóvel de determinada pessoa valha mais devido às circunstâncias emocionais que guarnecem a propriedade, diversas questões mereceriam levantamento: o que pode caracterizar um afeto pessoal de fato? Ser a residência familiar há muitos anos? Ter sido deixada como herança por um ente querido? Como saber se o ente era, de fato, querido? Como decidir a porcentagem de aumento do valor devido a cada caso particular? Como justificar para os outros indivíduos que te-

ção suas terras desapropriadas pelo mesmo propósito que eles receberão menos?

Como apresentado, é claro que a consideração indiscriminada de particularidades é inviável. Nossa proposta é, pois, a de fomentar o debate para considerar, no cômputo do valor justo em desapropriações, variável que consiga, de alguma forma, pautar o adimplemento da tutela reparatória, o que procuramos fazer com base na perda do poder de barganha do particular. E, repetimos, esta perda da capacidade de barganha precisará, acreditamos, para fins de justiça e eficiência, ser incorporada na fixação do que pode representar um valor justo.

Quando o Estado desapropria uma propriedade, por mais que o antigo proprietário receba uma quantia em contrapartida, isto não caracteriza uma venda. Isso porque, na venda, o dono do bem pode decidir o quanto o valoriza, para que, assim, apenas quem o valorize mais possa comprá-lo, caracterizando uma alocação eficiente, dadas as preferências de compradores e vendedores. Na desapropriação, o dono da terra perde esse direito inerente da propriedade: de dispor dela. Ele não mais dispõe de seu preço, de seu valor para ele. O Estado, ao revés, simplesmente determina um valor que, *a posteriori*, será controlado pelo Poder Judiciário. Acreditamos, assim, que o valor justo propugnado pela Constituição de 1988 precisaria levar em conta essa perda de poder de barganha. O Estado, na desapropriação, está agindo como comprador. No entanto, neste caso, não está presente a barganha, elemento essencial da compra e venda e da realocação eficiente. Por esse motivo, acreditamos que a indenização justa deveria representar esta capacidade suprimida. Ou seja, o valor justo seria representado pelo *valor de mercado + x*, onde *x* refere-se à remuneração pela perda da capacidade de barganha.

Em conclusão, o valor justo que nos dispusemos a apresentar é aquele que considera o valor de mercado – quanto a propriedade vale perante a sociedade – acrescido da indenização decorrente da perda da capacidade de barganha – quanto o imóvel valeria para seu próprio dono – que se traduziria em valor variável, cuja definição do *x* talvez demande a consideração da introdução de mecanismos de consensualidade na fixação do valor ou até a submissão da questão a juízo arbitral, o que, hoje, encontra supedâneo na Lei nº 13.867/2019, o que inclusive endossa tudo o que aqui escrevemos. Para além das razões comumente apresentadas para justificar essa posição, que passa pela necessidade de superação de ônus especiais de argumentação pela restrição ao direito fundamental de propriedade, ainda que limitados pela proibição de enriquecimento sem causa, procuramos reforçar a

necessidade de possível incorporação de elementos subjetivos na definição concreta da indenização justa (i) pela inviabilidade de recurso a um suposto princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular e (ii) por argumentos econômicos capazes de harmonizar a demanda por um valor justo com a indicação de um valor eficiente.

REFERÊNCIAS

ACOCELLA, Jéssica. Justa indenização expropriatória vai além do valor de mercado do bem. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-05/jessica-acocella-criterios-justa-indenizacao-expropriatoria>>. Acesso em: 24 ago. 2016.

ALESSI, Louis de. Implications of property rights for government investment choices, *59 Am. Econ. Rev.* 13, 1969.

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1994.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

AZEVEDO, Lena; FAULHABER, Lucas. *SMH 2016: remoções no Rio de Janeiro Olímpico*. 1. ed. Rio de Janeiro: Morula Editorial, 2015.

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%8DIA-FERREIRA-BAPTISTA.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BAXTER, William F.; ALTREE, Lillian R. Legal aspects of airport noise, *15 J. Law & Econ.* 1, 1972.

BELL, Abraham; PARCHOMOVSKY, Gideon. Taking compensation private, *59 Stan. L. Rev.* 871, 890-95, 2007.

BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: Um inventário de avanços e retrocessos. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, n. 13, p. 23, mar./abr./maio 2008.

_____. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. In: SARMENTO, Daniel (Org.).

- Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- BROMLEY, D. Regulatory takings: coherent concept or logical contradiction? *Vermont Law Review* 17, 647-682, 1993.
- CALDAS, Léo Saraiva. O conceito de valor de mercado. Ibape – XXII UPAV/XIII Coase, Ronald H. The problem of social cost. *The Journal of Law and Economics*, Vol. 3, 1960.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- FARBER, Daniel A. Economic analysis and just compensation. *International Review of Law and Economics*, EUA, 1992.
- EPSTEIN, Richard. *Takings: private property and the power of eminent domain*, 1985.
- _____. *Supreme Neglect: how to revive constitutional protection for private property*. Oxford University Press, 2008.
- FERRAZ, Luciano; GOUVEIA, Jorge Bacelar. Procedimento expropriatório e Administração Pública dialógica: estudo comparativo da expropriação no Brasil e Portugal. *Revista Brasileira Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 113, p. 477-532, jul./dez. 2016. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/rbep113&i=479>>. Acesso em: 16 ago. 2018.
- FISCHEL, W. *The economics of zoning laws: a property rights approach to American Land use controls*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1985.
- _____; SHAPIRO, Perry. Takings, insurance, and Michelman: comments on economic interpretations of just compensation law. *17 J. Legal Stud.* 269, 1988.
- _____; SHAPIRO, Perry. A constitutional choice model of compensation for takings. *International Review of Law and Economics* 9, 115-128, 1989.
- _____. *Regulatory takings: law, economics, and politics*. Cambridge: Harvard University Press, 1995.
- FRANCO, Paulo Fernando de Mello. *O dever fundamental de administrar bem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Desapropriação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977.
- GILLETE, Clayton. Kelo and the local political process, *34 Hofstra L. Rev.* 13, 16, 2005.
- HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- HADDAD, Emílio; SANTOS, Cacilda Lopes dos. A utilização do conceito de “valor justo” como definido pelo International Valuation Standards – IVS na determinação da indenização justa em processos de desapropriação de bens imóveis. Disponível

em: <http://www.editoramagister.com/doutrina_26078422_A_UTILIZACAO_DO_CONCEITO_DE_VALOR_JUSTO_COMO_DEFINIDO_PELO_INTERNATIONAL_VALUATION_STANDARDS_IVS_NA_DETERMINACAO_DA_INDENIZACAO_JUSTA_EM_PROCESSOS_DE_DESAPROPRIACAO_DE_BENS_IMOVEIS.aspx>.

Acesso em: 28 fev. 2019.

HERMALIN, B. An economic analysis of takings. *Journal of Law, Economics, and Organization* 11, 64-86, 1995.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

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

JOHNSON, M. Bruce. Takings and the private market. In: SIEGAN, Bernard H. *Planning without prices: taking clause as it relates to land use regulation without compensation*, 1977.

KELLY, James J. We shall not be moved: urban communities, eminent domain and the socioeconomics of just compensation. *80 St. John's L. Rev.* 923, 972-89, 2006.

LEAL, Fernando. Propostas para uma abordagem teórico-metodológica do dever constitucional de eficiência. *Revista Brasileira de Direito Público*, v. 14, p. 141-166, jul./set. 2006.

LEVMORE, Saul. Just compensation and just politics. *22 Conn. L. Rev.* 285, 306-07, 1990.

MEIRELES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: RT, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

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

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

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

NOGUEIRA, Octaciano. *1824*. Coleção Constituições brasileiras. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, v. 1, 2012.

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

OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro? *Revista de Direito Administrativo*, v. 220, p. 69-107, abr./jun. 2000.

PORTO, Antonio José Maristrello; FRANCO, Paulo Fernando de Mello. Uma análise também econômica do direito de propriedade. In: LEAL, Fernando (Org.). *Direito privado em perspectiva: teoria, dogmática e economia*. 1. ed. Rio de Janeiro: Malheiros, v. 1, 2016.

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, 149-186, 1971.

SCHMIDT, Gustavo da Rocha. *Arbitragem na Administração Pública*. Curitiba: Juruá, 2018.

SEN, Amartya. Development as capability expansion. *Journal of Development Planning*, n. 19 (encarte especial sobre “Desenvolvimento humano a partir dos anos oitenta”). Trad. Regis Castro Andrade, 1989.

STEPHEN, Frank. *Teoria econômica do Direito*. Makron Books, 1993.

WYMAN, Katrina. The measure of just compensation. *University of California, Davis Law Review*, 41, 2007.

Sobre os autores:

Antonio José Maristrello Porto | E-mail: antonio.maristrello@fgv.br

Doutor em Direito (Doctor of the Science of Law – J.S.D.), Mestre (Master of Laws – LL.M.) pela University of Illinois, Professor do Mestrado em Direito da Regulação e da Graduação da Fundação Getúlio Vargas – FGV Direito Rio, Coordenador do Centro de Pesquisa em Direito e Economia (CPDE) da Fundação Getúlio Vargas – FGV Direito Rio.

Fernando Leal | E-mail: fernando.leal@fgv.br

Professor da FGV Direito Rio, Doutor em Direito pela Christian-Albrechts-Universität zu Kiel, com apoio do Serviço Alemão de Intercâmbio Acadêmico (DAAD), Doutor e Mestre em Direito Público pela UERJ, realizou estágio Pós-Doutoral na condição de Pesquisador Visitante na Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg.

Paulo Fernando de Mello Franco | E-mail: paulo.mello@fgv.br

Doutor em Direito pela Universidade Federal Fluminense – UFF, Mestre em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO, Pós-Graduado em Direito Público pela UCAM – Centro, Professor Convidado dos Cursos de Graduação e de Pós-Graduação da Fundação Getúlio Vargas – FGV Direito Rio, Pesquisador do Centro de Pesquisa em Direito e Economia – CPDE da Fundação Getúlio Vargas – FGV Direito Rio.

Data da submissão: 23 de outubro de 2019.

Data do aceite: 22 de junho de 2020.