

DESAPROPRIAÇÃO E ARBITRAGEM: LEI 13.867

Cesar Pereira

Sócio da Justen, Pereira, Oliveira e Talamini
Doutor em Direito. FCI Arb

1 Introdução

Foi editada em 26.8.2019 a Lei 13.867, que altera o Dec.-Lei 3.365 “*para possibilitar a opção pela mediação ou pela via arbitral para a definição dos valores de indenização nas desapropriações por utilidade pública*”.

A lei deriva do PL 1.061, que teve diversos dispositivos vetados. As regras vetadas estabeleciam de modo claro o direito do expropriado de optar unilateralmente pela mediação ou arbitragem, obrigando o Poder Público a incluir tal opção na notificação do art. 10-A do Dec.-Lei 3.365 (inc. V, vetado), determinando que os honorários de árbitros e mediadores seriam antecipados pelo Poder Público (§§ 3º e 5º do art. 10-B do Dec.-Lei 3.365, vetados) e prevendo prazos para a efetivação da desapropriação inclusive por via arbitral (nova redação do art. 10, *caput* e §§ 1º e 2º, vetada).

Porém, em grande medida, a solução preconizada pelo texto original do PL 1.061 permanece na Lei 13.867, a despeito dos vetos.

2 A irrelevância hermenêutica dos vetos

Os vetos e sua motivação não vinculam nem orientam a interpretação da lei. Integram a chamada *mens legislatoris*, que não informa a percepção do sentido do texto legal. A lei, em sua redação final, vale pelo seu próprio conteúdo e pela sua interação sistemática com o direito objetivo pré-existente.

Conforme a lição do Min. Luis Felipe Salomão em obra doutrinária, o veto “*revela, quando muito, a vontade do legislador historicamente considerado e congelado no tempo, e a reverência exacerbada e isolada ao veto não possui a virtualidade de alcançar traços da lei de elevada importância, como sua teleologia e dinamicidade, que decorre da realidade social subjacente ao ordenamento em que se insere (...) Nesse passo, a investigação pura e simples da vontade do legislador – parcialmente alcançada, por exemplo, com a leitura das mensagens de veto ou das exposições de motivos da lei – reduz a hermenêutica a apenas um elemento de interpretação, qual seja o histórico, olvidando-se de primado essencial à lógica jurídica, o de que o texto interpretado possui vida própria que se forma e se transforma constantemente a cada releitura*”.¹

¹ SALOMÃO, Luis Felipe. Direito Privado: teoria e prática. 3ª ed., São Paulo : Saraiva, 2016. Ainda neste sentido: STJ – Resp: 1243887 PR 2011/0053415-5, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 19/10/2011, Data de Publicação: DJe 12/12/2011. Em sentido contrário, utilizando vetos como critério de interpretação, cf. STJ - REsp: 1612778 RS 2016/0180726-3, Relator: Ministra ASSUSETE

Conquanto os vetos e sua motivação tenham valor histórico e político, não se prestam a determinar a compreensão da Lei 13.687. Tanto é assim que a motivação dos vetos revela profundos equívocos quanto aos institutos regulados pelos dispositivos vetados. A motivação do veto ao art. 10, *caput* e §§ 1º e 2º, foi baseada em motivo que somente se aplicaria ao *caput*. As razões invocadas para o veto ao inc. V do art. 10-A aludem a suposta ofensa ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, que uma oferta aberta de arbitragem ou mediação pelo Poder Público jamais vulneraria.

Para o que interessa a esta nota, a Lei 13.687 deve ser interpretada pelo que nela se contém, sem atenção especial aos dispositivos vetados ou às razões que justificaram o seu veto.

3 Objeto da Lei 13.867

O preâmbulo da Lei 13.687 identifica seu objeto como vinculado à opção pela mediação ou pela via arbitral para a definição de valores de indenização.

4 Fase executiva da desapropriação

O campo coberto pela Lei 13.867 é o da fase executiva da desapropriação. A fase declaratória, de incumbência privativa do Poder Público, precede o momento regulado pela Lei 13.687 e pelo art. 10-A do Dec.-Lei 3.365 por ela introduzido.

Por decorrência, ao aludir a Poder Público, o art. 10-A pretende denotar qualquer pessoa, inclusive privada, que detenha competência para promover a desapropriação. Isso inclui delegatários de função pública como concessionários de serviço público ou outros particulares.

5 Oferta aberta de mediação ou arbitragem

O art. 10-A, § 1º, contém uma lista do que deve constar da notificação de oferta de indenização ao expropriado. Há quatro elementos previstos: ato declaratório de utilidade pública, planta ou descrição do bem, valor da oferta e advertência de que o prazo para aceitação ou rejeição é quinze dias e que o silêncio implica rejeição. Não há qualquer alusão a mediação ou arbitragem.

De acordo com o § 2º, se for aceita a proposta, deve ser lavrado o acordo. Por outro lado, segundo o § 3º do art. 10-A, se rejeitada a oferta ou houver silêncio, que implica rejeição, terá lugar a desapropriação judicial.

Porém, o art. 10-B prevê uma terceira via: opção do expropriado pela mediação ou arbitragem.

No procedimento delineado pelos arts. 10-A e 10-B, até a fase do art. 10-B não há qualquer alusão legal a mediação ou arbitragem. O *caput* do art. 10-B inaugura o tema ao estabelecer que “*Feita a opção pela mediação ou pela via arbitral*” – ou seja, se o expropriado, em lugar de aceitar a proposta (art. 10-A, § 2º) ou rejeitá-la explícita ou tacitamente (art. 10-A, § 3º), optar pela mediação ou

arbitragem – “o particular indicará um dos órgãos ou instituições especializados em mediação ou arbitragem previamente cadastrados pelo órgão responsável pela desapropriação”. O dispositivo contém uma oferta legal aberta de arbitragem, que prescinde de qualquer manifestação concreta de vontade do órgão encarregado da desapropriação. Não há previsão de qualquer oferta concreta de arbitragem no art. 10-A, § 1º. Nada obstante, prevê-se no art. 10-B uma opção por mediação ou arbitragem e se disciplina o modo pelo qual o expropriado deve exercê-la.²

Além de corresponder à literalidade dos dispositivos examinados, esta interpretação do art. 10-B do Dec.-Lei 3.365 reflete o papel sistemático da Lei 13.687.

Caso se interpretasse o art. 10-B como exigindo prévia oferta concreta da opção por arbitragem ou mediação e prévio cadastramento de instituições pelo órgão expropriante, a despeito do silêncio do art. 10-A, o dispositivo nada agregaria ao regime que já deriva do art. 1º da Lei 9.307 ou da Lei 13.140. Nestes diplomas, já se autoriza a solução de tais litígios por meio de arbitragem ou mediação, desde que mediante convenção concreta. O propósito da Lei 13.687, como anunciado em seu preâmbulo, é introduzir inovações que permitam a opção pela mediação ou arbitragem. Tais inovações são as ora descritas.

A Lei 13.687 tem clareza acerca dos institutos nela referidos. O § 1º do art. 10-B submete a mediação à Lei 13.140 e o § 4º do art. 10-B submete a arbitragem à Lei 9.307. Não há dúvida sobre o regime aplicável a esses procedimentos. Ambos os dispositivos aludem aos “*regulamentos do órgão ou instituição responsável*”, afastando procedimentos *ad hoc*.

6 A interpretação alternativa: exigência de oferta concreta de arbitragem ou mediação

A interpretação alternativa do art. 10-B, baseada ao menos em parte no histórico dos vetos ao PL 10.061, pressupõe a necessidade de o ente expropriante, na notificação do art. 10-A, incluir algo na linha do que constava do inc. V do § 1º do art. 10-A – ou seja, uma oferta concreta de mediação ou arbitragem, que o expropriado poderá aceitar na forma do art. 10-B mediante a escolha de uma das instituições cadastradas.³

Esta interpretação não parece adequada por preferir a análise histórica dos vetos à compreensão do texto da própria Lei 13.687 e à análise sistemática de sua inserção no texto da disciplina da arbitragem no Brasil. Além disso, pode ser vista com ofendendo o próprio veto: a exigência de que a notificação do art. 10-A contenha a oferta concreta de arbitragem foi já afastada pelo veto ao

² No mesmo sentido, ver MUNIZ, Joaquim de Paiva; UELZE, Heloisa; CAPOBIANCO, Fabio. New Brazilian Law authorizes mediation and arbitration to discuss indemnification due to expropriation. Global Arbitration News, 2019. Disponível em: <https://globalarbitrationnews.com/new-brazilian-law-authorizes-mediation-arbitration-discuss-indemnification-due-expropriation/>

³ Sobre a interpretação alternativa, ver ROVER, Tadeu. Lei que permite mediação e arbitragem em desapropriações é publicada. Conjur, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-27/publicada-lei-permite-mediacao-arbitragem-desapropriacoes>

dispositivo. Esta interpretação recoloca no processo administrativo de desapropriação a oferta de arbitragem que o veto havia suprimido.

Porém, ainda assim, esta interpretação mais restritiva é coerente com algumas das razões de veto e, mais do que isso, implica um passo mais gradual na vinculação administrativa a uma solução (desapropriação mediante arbitragem ou mediação) inovadora e ainda desconhecida entre nós. Assim, embora sem fundamento jurídico, esta interpretação pode vir a receber apoio prático da Administração e do Judiciário em nome da consensualidade na construção da convenção de arbitragem.

Diante da possível prevalência de tal interpretação mais conservadora, cabe enfrentar um ponto adicional, consistente na possível omissão do Poder Público em formular a oferta de arbitragem ou mediação em uma situação na qual o expropriado tinha a intenção (não ainda formalizada) de aceitar a oferta. Nesse caso, o expropriado poderá notificar o Poder Público ou quem lhe faça as vezes para que formulem sua intenção de submeter a controvérsia à arbitragem, apresentando a proposta que o expropriado poderá aceitar na forma do art. 10-B.

7 Responsabilidade pela antecipação de despesas da arbitragem ou mediação

Os §§ 3º e 5º do art. 10-B previam que os honorários dos mediadores ou dos árbitros “*serão adiantados pelo poder público e, ao final do procedimento*”, serão pagos na forma do regulamento da instituição (mediação) ou pela parte perdedora ou proporcionalmente, na forma do regulamento da instituição (arbitragem).

Uma boa demonstração da irrelevância do veto é que esta é exatamente a solução última adotada por muitos dos regulamentos das instituições de mediação ou arbitragem, os quais se aplicam na forma da Lei 13.687. Na desapropriação direta, o Poder Público ou quem lhe faça as vezes será sempre o autor e, portanto, o requerente da arbitragem ou mediação. Em quase todos os regulamentos mais utilizados no Brasil,⁴ cabe às partes partilhar a antecipação de despesas. Porém, o requerente é responsável por antecipar a integralidade das despesas da arbitragem, caso o requerente não antecipe a sua parte e o requerente queira manter a arbitragem em tramitação. Com isto, caberá em última análise ao ente expropriante a antecipação. E, ressalvada a excepcional hipótese de o valor inicialmente ofertado ser superior à indenização definitivamente estabelecida na arbitragem, o Poder Público será a parte derrotada, responsável pelo pagamento definitivo de tais despesas. Ademais, as

⁴ Em todas as instituições brasileiras listadas na Leaders League 2019, os regulamentos preveem rateio igualitário da antecipação das despesas da arbitragem, com a ressalva de que, não havendo o pagamento por uma das partes, a outra deve complementar ou o processo será suspenso e posteriormente extinto: CAM-CCBC; CAM B3; CMA CIESP/FIESP; AMCHAM; CCI (havendo reconvenção cada parte provisiona o valor relativo a seus pedidos); CBMA; CÂMARA FGV DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM; ARBITAC; CAMERS; CAMFIEP; CAESP.

despesas a serem antecipadas e finalmente suportadas vão além dos honorários dos árbitros referidos nos dispositivos vetados.

8 Escolha da instituição se não existir prévio cadastramento

A previsão de que o expropriado deve indicar “*um dos órgãos ou instituições especializados em mediação ou arbitragem previamente cadastrados pelo órgão responsável pela desapropriação*” pode levar à frustração da aplicação da norma, tal como vem ocorrendo com o art. 31 da Lei 13.448 em face da ausência de regulamentação do seu § 5º.

A solução para esta possível omissão de cadastramento – que, ao contrário do art. 31, § 5º, não pressupõe um decreto regulamentar – é simples. Basta que o expropriado se valha de instituição arbitral ou de mediação já previamente utilizada pelo ente (inclusive pessoa privada, delegatária de função pública) responsável pela promoção da desapropriação. Caso não haja esta informação, a ausência de cadastramento poderá ser suprida pelo Poder Judiciário na forma dos arts. 6º e 7º da Lei 9.307.

9 Arbitragem de emergência

Na medida em que haja a opção do expropriado por uma instituição arbitral que disponha do instituto da arbitragem de emergência, o ente responsável pela promoção da desapropriação poderá utilizar o árbitro de emergência para obter a imissão provisória na posse. Um árbitro de emergência que seja engenheiro, por exemplo, poderá promover uma avaliação preliminar prévia à imissão provisória de modo mais transparente e consentâneo com o devido processo legal que a alternativa prevista no Dec.-Lei 3.365 ou mesmo que o procedimento baseado em perícia judicial provisória adotado pelo Poder Judiciário.

10 Desapropriação indireta e expropriação regulatória

O § 2º do art. 10, vetado, aludia expressamente ao “*direito de propor ação que vise à indenização por restrições decorrentes de atos do poder público*”. Mais uma vez, o veto não faz desaparecer o direito nem deixa de submeter o seu exercício ao prazo previsto no dispositivo vetado.

Ademais, as circunstâncias de a desapropriação se dar de modo indireto (ou seja, mediante esbulho ilegítimo pelo poder público) ou derivar de medidas regulatórias (restrições decorrentes de atos do Poder Público) não autorizam a redução dos direitos assegurados ao particular. Se, em desapropriação direta, o particular tem assegurado o direito de optar pela mediação ou arbitragem, igual direito lhe deve ser reconhecido na hipótese de desapropriação indireta ou expropriação regulatória.

11 Conclusão

A Lei 13.867 representa grande avanço no regime da desapropriação no Brasil. Independentemente do peso que se dê aos seus vetos e de como venha a ser interpretado o direito de opção do expropriado (isto é, se derivado diretamente da lei, como aqui propugnado, ou se vinculado a uma prévia oferta

concreta do órgão que promove a desapropriação, como sugerem as razões de veto), a afirmação de que a definição da indenização deverá ser realizada em mediação ou arbitragem e a disciplina legal do procedimento a ser adotado são úteis e relevantes para a efetividade dos direitos dos expropriados e para a realização concreta dos propósitos do regime jurídico da desapropriação.

Informação bibliográfica do texto:

PEREIRA, Cesar. Desapropriação e Arbitragem: Lei 13.867. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira & Talamini*, Curitiba, n.º 140, agosto de 2019, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo>, acesso em [data].