

RETROCESSÃO

Carlos Alberto Dabus Maluf

Professor Associado do Departamento de Direito Civil
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Resumo:

Para alguns seria direito pessoal e eventual direito resolver-se-ia em indenização por perdas e danos.

Para outros, cuida-se de direito real, havendo possibilidade de reivindicação.

Há mesmo quem considere a retrocessão um direito de natureza mista (pessoal e real), cabendo ao expropriado a ação de preempção ou preferência (de natureza real ou se preferir perdas e danos).

Para os adeptos da primeira corrente o direito do expropriário perante o poder desapropriante que não deu à coisa desapropriada o destino de utilidade pública permanece, portanto, no Direito Positivo brasileiro como direito nítido e irretorquivelmente pessoal, direito que não se manifesta em face de terceiros, eventuais adquirentes da coisa, nem ela adere, senão exclusivamente, à pessoa do expropriante.

Para os defensores da segunda corrente, a retrocessão é direito real. É direito que incide sobre o bem, no sentido de que o expropriado, ex-proprietário, pode exigir a reincorporação do referido bem ao seu patrimônio, se não houver sido utilizado na finalidade para a qual a desapropriação se realizara.

Abstract:

For some it maybe a personal right and an eventual right which must be solved with indemnizations for loss and damages.

For others, it is a real right which demand possibility in juridical cases.

There are those who consider retrocession as a mixed right (personal and real) given to the person who has been expropriated the action of pre-emption or a legal preference action. (With a legal nature or if preference for loss and damages).

For those followers of the first current, right of the expropriator before the power of the expropriator which did not give them thing the destiny of public usage continues, therefore in the positive brazilian right as a clear and irrefutable personal right which doesn't manifest itsees, before a third party, who may eventually acquire the some

things, nether is it attached except exclusively to the person who expropriates.

For those who defend the second current, retrocession is a real right.

It is a right which falls on the possessions goods, in the sense that the person who was expropriated, ex-proprietor, may demand the reincorporation of the stated possession to his patrimony, if it hasn't been used for the reason for which it was expropriated.

Segundo Firmino Whitaker "*retrocessão é o direito que tem o ex-proprietário de readquirir o imóvel desapropriado, mediante a restituição do valor recebido, quando não tenha sido o mesmo imóvel aplicado em serviço da ordem pública*" (*Desapropriação*, 3ª ed., São Paulo, Atlas S.A., p. 73).

Discute-se, longamente, sobre a natureza do direito à retrocessão. Para uns seria direito pessoal e eventual direito resolver-se-ia em indenização por perdas e danos.

Para outros, cuida-se de direito real e, pois, há possibilidade de reivindicação.

Regis Fernandes de Oliveira em erudito art. de doutrina intitulado *Retrocessão no direito brasileiro* (*R.D.P* v. 77, p.47) apoiando-se na lição de Sergio Ferraz (*Desapropriação*, Forense, 1972, p. 117-121), diz que dentre alguns nomes que se manifestam pelo reconhecimento de que se cuida de direito pessoal e, pois, enseja indenização por perdas e danos encontram-se Ebert Chamoun (*A retrocessão no direito brasileiro*, p. 31), Múcio de Campos Maia (*Ensaio sobre a retrocessão*, *Revista dos Tribunais*, v. 258, p. 49).

A jurisprudência já se tem manifestado neste sentido (*R.D.A.* vs. 98, p. 178 e 106, p. 157).

A solução apontada pelos autores encontra fundamento no art. 35 do DL 3.365, de 1941, ao estabelecer que "*os bens expropriados, uma vez incorporados à Fazenda Pública, não podem ser objeto de reivindicação, ainda que fundada em nulidade do processo de desapropriação. Qualquer ação julgada, procedente, resolver-se-á em perdas e danos*".

Com base em tal art. afirma Ebert Chamoun que "*o direito do expropriado não é, evidentemente um direito real, porque o direito real não se contrapõe, jamais, um mero dever de oferecer. E, por outro lado, se o expropriante*

não perde a propriedade nem o expropriado a adquirir, com o simples fato da inadequada destinação é óbvio que a reivindicação, que protege o direito de domínio, e que incumbe apenas ao proprietário, o expropriado não pode ter" (ob. cit., p. 38-39).

Mais adiante afirma que *"o direito do ex-proprietário perante o poder desapropriante que não deu à coisa desapropriada o destino de utilidade pública permanece, portanto, no direito positivo brasileiro, como direito nítido e irretorquivelmente pessoal, direito que não se manifesta em face de terceiros, eventuais adquirentes da coisa, nem ela adere, senão exclusivamente à pessoa do expropriante. Destarte o poder desapropriante, apesar de desrespeitar as finalidades da desapropriação, desprezando os motivos constantes do decreto desapropriatório, não perde a propriedade da coisa expropriada, que ele conserva em sua Fazenda com as mesmas características que possuía quando da sua aquisição" (ob. cit., p. 45).*

Em abono de sua orientação invoca o dispositivo mencionado e afirma *"quaisquer dúvidas que ainda houvesse acerca da natureza do direito do expropriado seriam espancadas por esse preceito, límpido e exato, consectório perfeito dos princípios gerais do nosso direito positivo que se ajusta, como leva, ao sistema jurídico brasileiro relativo à aquisição de propriedade, à preempção e à desapropriação" (ob. cit., p. 47).*

Ronaldo Albuquerque em sua monografia intitulada *Desapropriação e constituição de servidão administrativa*, São Paulo, Atlas, 1987, p. 84, lembra ainda os nomes de Clovis Bevilacqua, Celso Antonio Bandeira de Mello e José Carlos Barbosa Moreira como defensores da eficácia pessoal sobre a natureza do direito à retrocessão. Pela importância merece destaque a lição do último:

"Apesar de alguns pronunciamentos em contrário, a doutrina e a jurisprudência têm assentado entre nós a natureza meramente pessoal do direito que para o expropriado surge da tresdestinação. Se assim já era à luz do art. 1.150 do Código Civil, a fortiori, assim é diante da regra contida na Lei de Desapropriações, cujo art. 35, desenganadamente, exclui a possibilidade de

reivindicação dos bens desapropriados, fazendo resolvível em perdas e danos qualquer pretensão a respeito contra a Fazenda Pública. Inexiste assim, em nosso sistema jurídico, direito de retrocessão com caráter real".

De outro lado, autores há que entendem cuidar-se de direito real. Dentre eles José Cretella Junior (*Comentários às leis da desapropriação*, 2ª ed., José Bushatsky, p. 486), Noé Azevedo (parecer, RT 193/34), Vicente Ráo (*O direito e a vida dos direitos*, 2ª ed., São Paulo, Resenha Universitária, 1976, p. 390, nota 113), Seabra Fagundes (*Das desapropriações no direito brasileiro*, 1949, p. 397), José Carlos Moraes Salles (*Desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*, 2ª ed., Revista dos Tribunais, 1992, p. 686).

Por oportunidade vamos transcrever a lição deste último:

"Para nós, a retrocessão é direito real.

É direito que incide sobre o bem, no sentido de que o expropriado, ex-proprietário, pode exigir a reincorporação do referido bem ao seu patrimônio, se não houver sido utilizado na finalidade para a qual a desapropriação se realizara.

Tal direito se encontra assegurado pelo art. 1.150 do CC, segundo o qual 'a União, o Estado, ou o Município, oferecerá ao ex-proprietário o imóvel desapropriado, pelo preço por que o foi, caso não tenha o destino, para que se desapropriou'.

Todavia, mesmo que não existisse o preceito contido no art. 1.150 do CC, entendemos que a retrocessão seria corolário lógico do direito de propriedade assegurado pelo art. 5º, XXII, da CF, uma vez que o inc. XXIV do referido art. só admite a desapropriação se ocorrer causa de necessidade ou utilidade pública, ou, ainda, de interesse social. Em consequência, incorrendo um desses pressupostos constitucionais, a desapropriação que assim se consumar será manifestadamente

inconstitucional, ensejando a retrocessão do bem expropriado".

Há mesmo quem considere a retrocessão um direito de natureza mista (pessoal e real) cabendo ao expropriado a ação de preempção ou preferência (de natureza real ou se preferir perdas e danos). É o pensamento de Roberto Barcelos de Magalhães (Rio de Janeiro, José Konfino, 1968 p. 276-283) acompanhado por acórdão do STF (RTJ 80/139).

Maria Sylvia Zanella di Pietro filia-se a esta linha nos seguintes termos:

"Esta corrente é que melhor se coaduna com a proteção ao direito de propriedade: em princípio a retrocessão a um direito real já que o art. 1.150 do C. Civil manda que o expropriante ofereça de volta o imóvel; pode ocorrer no entanto, que a devolução do imóvel tenha se tornado problemática, em decorrência de sua transferência a terceiro, de alterações nele introduzidas, de sua deterioração ou perda, da realização de benfeitorias; nesse caso pode o expropriário pleitear indenização, que corresponderá ao mesmo preço da desapropriação, devidamente corrigido, com alterações para mais ou para menos, conforme as melhorias ou deteriorações incidentes sobre o imóvel" (Direito Administrativo, 3ª ed., Atlas, 1992, p. 142).

Esta também é a nossa posição.

Regis Fernandes de Oliveira diz que realmente não se confundem as disposições do art. 1.149 com o art. 1.150 do Código Civil. O primeiro refere-se a pacto de compra e venda e tem por pressuposto a venda ou a dação em pagamento. Implica manifestação volitiva, através de contrato específico, em que se tem por base a vontade livre dos negócios jurídicos, assim exigida para validade do contrato. Já o art. 1.150 constitui norma de Direito Público, pouco

importando sua inserção no Código Civil (Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, 2ª ed., t. XIV, § 1612, p. 172).

Em sendo assim, a norma do art. 1.150 do Código Civil que determina o oferecimento do imóvel desapropriado ao ex-proprietário para o exercício do direito de preferência não está revogada. Mas, daí não se concluiu que há apenas o direito de prelação.

Diverso é o nosso entendimento acentua Regis Fernandes de Oliveira.

Pelo art. referido, obriga-se a Administração a oferecer o imóvel (é obrigação imposta à Administração), mas daí não pode advir a consequência de que caso não oferecido o imóvel, não há direito de exigi-lo. A norma não é unilateral em prol do Poder Público. De outro lado, surge a possibilidade de exigência por parte do expropriado. A tal exigência dá-se o nome de retrocessão.

Superiormente ensina Hélio Moraes de Siqueira que *"entretanto, não é na lei civil que se encontra fundamento da retrocessão. Aliás, poder-se-ia quando muito, vislumbrar os lineamentos do instituto. É na Constituição Federal que a retrocessão deita raízes e recebe a essência jurídica que a sustenta. Mesmo se ausente preceito no Código Civil, a figura da retrocessão teria existência no direito brasileiro, pois é consequência jurídica do mandamento constitucional garantidor da inviolabilidade da propriedade, ressalvada a desapropriação por utilidade e necessidade pública e de interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro"* (*A retrocessão nas desapropriações*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1964, p. 76-77).

Nos Tribunais, os julgados exprimem a mesma divisão. Em pesquisa feita nos repertórios de jurisprudência, o advogado Orlando Giovannetti em parecer não publicado elaborado para a diretoria da Eletropaulo mostrou a divergência.

Assim é que considerando aquele direito como real, podem ser lembradas as decisões na RDA 40/293.

Na RDA 40/293 e RT 229/121 (ac. un. do 2º Grupo de Câm. Civ. do TJSP, de 12.08.54, relator Des. José Frederico), RTFR 26/115 (ac. un. do TFR em sessão plena, de 22.09.69, relator Min. Godoy Ilha), RTJ 57/46 (ac. un. da 2ª Turma do STF, de 11.05.70, rel. Min. Eloy da Rocha, lendo-se no seu voto, na p. 52: *"Na aplicação do art. 1150, o Supremo Tribunal Federal considerou, não*

raras vezes, o direito de retrocessão com o significado de direito de reaquisição", mas o voto acabou por conceder perdas e danos tendo em vista que as áreas já haviam sido alienadas a terceiros); *RT-529/153-157* (ac. por maioria da 5ª Câm. do 2º Trib. Alçada Civil de São Paulo, de 02.05.79).

Tomando aquele direito como pessoal, podem ser citados os arestos na *RDA 32/223* (ac. do TJSP), *RDA 32/224* (ac. do TJSP), *RF 148/249* (ac. do TJSP), *RT 217/161* (ac. do TJSP), *RDA 43/214* (ac. do TJSP), *RDA 36/218* (ac. do STF) e *RDA 47/196* (ac. da sessão civil do TJSP, em rec. de revista de 08.02.56, com diversos votos vencidos, inclusive o do Des. Prado Fraga, que sustentou o direito à reaquisição do imóvel).

Embora divergindo na conceituação desse direito, os Tribunais são acordes em que o direito garantido ao ex-proprietário pelo art. 1.150 do Código Civil tem lugar especialmente quando o expropriante deixa de dar ao bem expropriado uma destinação de utilidade ou necessidade pública, mesmo que não seja aquela inicialmente prevista.

Nesse sentido, os acórdãos na *RTJ 57/46* (ac. do STF, de 11.05.70, já citado, mantido em embargos pelo ac. na *RTJ 59/720*), *RTJ 66/250* (ac. da 2ª Turma do STF, de 19.03.73, rel. Min. Thompson Flores), *RTJ 66/590* (ac. da 1ª Turma do STF, de 17.05.73, rel. Min. A. Baleeiro), *RF 242/169* (ac. da 5ª Câm. do TJC, de 17.08.71 e jurisprudência ali citada), *RTJ 56/784* (ac. un. do STF, Tribunal Pleno, de 14.10.70, rel. Min. Amaral Santos), *RTJ 80/139* (ac. un. da 1ª Turma do STF, de 14.12.76, relator Min. Antonio Neder).

Seabra Fagundes ensina que *"se a coisa desapropriada serviu à finalidade, que motivou a expropriação, mas depois se empregou em outra finalidade ou foi abandonada, isto não autoriza a retrocessão"* (ob. cit., n. 486, p. 351), lição essa que é aceita e mesmo transcrita por M.M. de Serpa Lopes (*Curso de direito civil*, v. 3, n. 237, p. 359-360).

Ebert Chamoun (ob. cit., p. 87-88) assim se exprime sobre essa questão:

"7. Seria lícito perguntar se o ex-proprietário pode pleitear, do poder público, perdas e danos quando o emprego da coisa desapropriada, para atender a

interesse público, cessou, tendo sido meramente episódico, ou passageiro.

Parece-nos que, nesse caso, não teria o expropriante o dever de oferecer a coisa nem, por conseguinte, o expropriado tem direito a perdas e danos. Aquele dever a esse direito nasce quando a coisa 'não tenha o destino para que se desapropriou', isto é, quando não lhe haja sido atribuído fim de utilidade pública. Na hipótese vertente, a destinação ou atribuição existiu, legitimando destarte a desapropriação.

Inda, portanto, quando quaisquer atos de utilização ou fruição desapareçam, após o efetivo emprego do bem; inda que o poder público, em seguida a ter dado à coisa fim de utilidade pública, se disponha a vendê-lo, ou realize a venda, nenhuma pretensão legítima pode manifestar o ex-proprietário".

Mais recentemente, no julgamento em 14.12.76 do TR 81.151-MG, a 1ª Turma do STF, pelos votos dos Ministros Antonio Neder (relator), Cunha Peixoto e Bilac Pinto, examinou fundamenta a questão para concluir afirmando que o ex-proprietário tem direito a readquirir o imóvel que lhe foi expropriado, na hipótese de o expropriante deixar o imóvel ao abandono, sem qualquer utilização, e de não haver razão para o retardamento de sua aplicação no fim para o qual se desapropriou ou em qualquer outro fim de utilidade pública (RTJ 80/139-151).

Nesse acórdão do STF ficou bem ressaltada a sobrevivência, no direito brasileiro, do instituto da retrocessão e a sua base constitucional no § 22 do art. 153 da Constituição Federal de 1969, além de no art. 1.150 do Código Civil, declarou-se ali, ainda, que, na espécie, não incidia o art. 35 do Dec.lei n. 3.365/41 (lei das desapropriações).

A *ementa* desse julgado diz:

"2. Constituição, art. 153, § 22, Código Civil, art. 1.150. Desapropriação por utilidade pública. Reversão do bem desapropriado. O direito à reaqüisição

da coisa desapropriada tem o seu fundamento na referida norma constitucional e na citada regra civil, pois uma e outra exprimem um só princípio que se sobrepõe ao do art. 35 do Dec.lei 3.365/1941, visto que o direito previsto neste último (reivindicação) não faz desaparecer aquele outro".

Do longo e fundamentado voto do Min. relator Antonio Neder destacamos estas passagens:

"Sustenta o Recorrente que o acórdão impugnado contraria o art. 35 do Dec.lei n. 3.365/41 e diverge dos que indicou como padrões de confronto.

Não procede o primeiro argumento, porque o julgado recorrido considerou, como razão decisória, que o direito à reversão do bem desapropriado é previsto no art. 153, § 2º, da Constituição, e não no art. 35 do Dec.lei n. 3365/1941.

.....
Conheço, pois, do recurso pelo segundo fundamento (letra d); mas não lhe dou provimento, pois estou em deve prevalecer a orientação do acórdão recorrido, que se harmoniza com o direito positivo que regula o assunto, como ficou acima demonstrado.

É a doutrina juridicamente certa, porque, se a Constituição garante como regra o direito de propriedade e ressalva tão-somente a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou interesse social (art. 153, § 22), inerente nessa norma é o direito de o ex-proprietário do bem desapropriado readquirir-lhe o domínio no caso em que o desapropriante não lhe dê o destino que motivou o desapropriamento; sim, porque a desapropriação é ato materialmente administrativo cuja finalidade se acha determinada na Constituição (disp. cit.), e disto promana a certeza de que, desviado aquele

fim, passa o desvio a criar para o ex-proprietário o direito de readquirir o domínio do bem desapropriado, restaurando, por esse meio, a situação em que se achava a coisa antes da desapropriação".

O Ministro Cunha Peixoto, em voto também minucioso, procurou demonstrar que a tradição do direito nacional, constitucional e civil, desde o Império, é no sentido de assegurar ao ex-proprietário o direito à reaquisição do bem expropriado (o direito à retrocessão, portanto, e não simplesmente o direito a perdas e danos), sempre que haja desvirtuamento da finalidade da desapropriação como, por exemplo, nos casos de não serem levadas a efeito as obras para as quais foi decretada a desapropriação, ou houver certeza de que cessou a causa que a determinou.

Depois de citar diversos autores, e de se referir à posição de Roberto Barcelos de Magalhães, para quem o expropriante não tem prazo para a utilização do bem expropriado e somente pode sofrer a ação de retrocessão quando se despoja do imóvel incorporado ao patrimônio, o Ministro Cunha Peixoto afirma em seu voto:

"Com a amplitude necessária, a razão, a nosso ver, encontra-se com este último escritor. Na verdade, o direito de retrocessão encontra sua base no dispositivo constitucional que garante o direito de propriedade com exceção para a desapropriação por utilidade pública.

Para que a desapropriação tenha base legal, pressupõe dois requisitos: a de que haja utilidade pública e que o pagamento seja real e prévio.

Se falta, quer por ocasião do ato de desapropriação, seja posteriormente, o primeiro requisito o ato deixa de ter base legal e, em vez de desapropriação, há confisco"

Mais adiante, acrescenta:

"Nos Estados Unidos, o desapropriante deve fixar um prazo dentro do qual deve começar a se utilizar o bem expropriado e concluir a obra. Transcorrido este

período, extingue-se o direito do desapropriante, e, no Japão, este prazo é prefixado em vinte anos.

Ora, não havendo idêntica situação no Brasil, a matéria é de fato. Se se verifica, como no caso sub judice, a impossibilidade da utilização do bem, ou da execução da obra, então passa a ser possível o exercício do direito de retrocessão. Não é preciso esperar que o desapropriante aliene o bem desapropriado."

Ronaldo de Albuquerque também fez uma exaustiva pesquisa no direito pretoriano, colecionando os seguintes acórdãos que defendem a eficácia pessoal do instituto:

a. *"O instituto da retrocessão não foi contemplado na atual Lei de Desapropriações e inexistente, assim, em nosso Direito.*

Existiu tal instituto ao tempo de leis anteriores: na Lei n. 57, de 1836, na Lei n. 1.921, de 1903, e no Decreto n. 4.956, do mesmo ano, embora com características um tanto diversas. Mas a atual Lei de Desapropriações, o Decreto-lei n. 3.365, de 21.06.41, não contemplou, tendo a matéria sido relegada, inteiramente, para as disposições do Código Civil como se vê da "Exposição de Motivos" de seu autor, o Prof. Francisco Campos, no item VII.

O Código Civil, de seu lado, porém, somente cuida do direito de preempção ou preferência, instituto que se distingue da retrocessão em muitos pontos e tem consequências diferentes, como bem apontam Eurico Sodré e Seabra Fagundes, em suas apreciadas obras sobre a matéria".

b. *"Por força do Decreto-lei n. 3.365, os bens desapropriados se incorporam, definitivamente, no*

patrimônio da Fazenda da expropriante, de forma a não poderem mesmo ser objeto de reivindicação.

Qualquer ação tendente a obter a retrocessão se resolve agora em perdas e danos.

A propósito, escreve Seabra Fagundes que, pela impossibilidade de restituição da coisa, nas hipóteses em que não é dado o destino previsto, tornam-se definitivos os efeitos de atos administrativos absolutamente ilegítimos.

Pode-se considerar uma derrogação do princípio contido no art. 1.150 do Código Civil. A retrocessão, que a lei civil subordinava à vontade do expropriado, como um procedimento imposto ao poder público, desapareceu em face da nova lei, que, em nenhum caso, admite a desincorporação.

Nem é dado ao judiciário investigar se tais bens tiveram, ou não, o destino indicado no decreto expropriatório. Reunindo as condições mínimas legais deve ser respeitado". Infringentes n. 52.072 - Tribunal de Justiça de São Paulo (RDA v. 32/224-225).

c. "A retrocessão hoje em dia não constitui direito real. Engendra apenas mero direito pessoal, que não atendido, se resolve em perdas e danos.

Além disso, o citado art. 35 da mencionada lei tornou impraticável, em qualquer hipótese, a reivindicação do imóvel incorporado ao patrimônio do poder público". Apelação Cível n. 68.471 Tribunal de Justiça de São Paulo (RDA, v. 43/214-215).

d. "Em face do Decreto-lei n. 3.365, de 21.06.41, já não prevalece o disposto no art. 14 do Decreto n. 4.956, de 09.09.1903, que fazia da retrocessão um verdadeiro direito real.

Com a vigente Lei de Desapropriações, voltou o assunto a ser regulado pelo Código Civil, que considera a retrocessão mero direito pessoal, disciplinando-o de par com a preempção convencional". Recurso Extraordinário n. 18.711, Supremo Tribunal Federal (RDA, v. 36/218).

e. "O art. 35 da Lei n. 3.365/41, combinado com o art. 1.150 do Código Civil autoriza a vedar a reivindicação, mas permite ressarcir prejuízos aos expropriados, compreendendo-se no 'petitum' a retrocessão, o pagamento das perdas e danos, custas e honorários de advogado. Consoante o entendimento do Colendo Supremo Tribunal, o ressarcimento é a maneira de reparar o direito violado". Recurso Extraordinário n. 65.532, Supremo Tribunal Federal (Ementário Forense - dezembro de 1969, p. 253).

f. "Alienação do imóvel. Responsabilidade solidária. Perdas e danos. Código Civil, art. 1.150. Transitado em julgado o reconhecimento da impossibilidade de retrocessão do imóvel por já incorporado ao patrimônio público e cedido a terceiros, razoável é o entendimento, em consonância com a doutrina e jurisprudência, do cabimento de perdas e danos aos expropriados". Recursos Extraordinários não conhecidos, RE n. 99.571-4 - 1ª T. STF (RTJ 108/373)

g. "No Direito brasileiro não há mais retrocessão. Esse instituto existiu ao tempo da Lei n. 57, de 1836, da Lei n. 1.201, de 1903 e do Decreto n. 4.956, também de 1903. Mas, a atual lei o banuiu. O Decreto-lei n. 3.365 o diz claramente, art. 35. O que há é direito de indenização, compostos os pressupostos legais. Dependê da prova o chamado desvio da finalidade. E

desvio da finalidade significa, por exemplo, se o Poder Público o aplicou para utilidade pública qualquer, ainda que o Poder Público expropriante demonstre que o interesse público ainda é presente ou mesmo que ao bem expropriado foi dada destinação de interesse público, a improcedência de qualquer direito indenizatório do expropriado impõe-se. A exigência constitucional de que a desapropriação se faça por necessidade ou interesse público legitima a utilização do bem para qualquer fim de utilidade pública, e não apenas, especificamente, para aquele caso apontado no decreto expropriatório.

A expressão genérica de que se serviu a Constituição afasta a teoria dos motivos determinantes. Sempre foi essa a orientação dominante no Supremo Tribunal Federal" (2º TA Civ. SP Ac. da 2ª Câmara em 29.03.77 Ap. 48.830, in Boletim ADCOAS, ementa n. 63.588).

O mesmo Ronaldo de Albuquerque diz que a demora na realização da obra ou utilização do imóvel, parece não caracterizar desvio de finalidade, não ensejando, conseqüentemente, o pedido de retrocessão.

A obrigação do expropriante oferecer o bem ao expropriado deve ocorrer no momento em que desiste de aplicá-lo à finalidade pública. Outra não é, vale a pena registrar, a orientação do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Justiça de São Paulo:

a. "A não utilização, pelo Poder Público, da coisa expropriada, não autoriza, por si só, a presunção de violação do destino que a ela deve ser dado. Necessidade do exame, em cada caso concreto, das circunstâncias de que resultou a inércia do Poder Público". (Recurso Extraordinário n. 82.366 - Relator Ministro Moreira Alves).

b. *"Bem revelou a r. sentença recorrida que não existe norma legal dispondo sobre o prazo dentro do qual há de ser a obra implementada, motivo pelo qual o desacolhimento da pretensão colimada com a presente ação de retrocessão era rigor.*

Em outra não podia ser a conclusão, porquanto a retrocessão só se justifica quando inquestionavelmente positivado que o bem expropriado não mais será utilizado pelo Poder Público.

Afirmam, sem razão, os autores, em suas bem elaboradas razões recursais, que o prazo para a utilização é de cinco anos.

Em obra sempre lembrada, quando se controverte sobre matérias como a dos autos, escreve Roberto Barcelos de Magalhães, que 'a Lei não fixa prazo para utilização, devendo-se, assim, deferir ao Poder Público liberdade para escolher o momento em que deva iniciá-la, não cabendo ao expropriado forçá-lo a isso, sobretudo por que já foi indenizado'" (Teoria e prática da desapropriação no direito brasileiro, p. 283, n. 50).

Explícita, incisivamente, outrossim, o Ministro Cunha Peixoto, em seu voto vencedor, no já citado RE 81.151, não ter fixado o legislador brasileiro, ao reverso do que ocorre em outros países, um prazo dentro do qual deve ser iniciada e concluída a obra para a qual ocorreu a desapropriação, motivo pelo qual 'a matéria é de fato. Se se verifica a impossibilidade de utilização do bem, ou da execução de obra, então passa a ser possível o exercício do direito de retrocessão' (RTJ 80/150).

Ora, na hipótese dos autos, muito embora inequívoco o retardamento, a utilização do bem ainda é possível, a execução da obra pública não se encontra obstada. O Poder Público afirma que subsiste o seu interesse e, finalmente, apesar de fazê-lo já nesta

instância, declara que já está sendo iniciada a construção.

Em face dessas circunstâncias todas, não há como reconhecer o direito real de retrocessão, nem tampouco, o direito de preempção dos autores, de caráter pessoal, consubstanciado em perdas e danos" (TJ-SP Ac. unân. da 10ª Câm. Civ. de 15.12.81 Ap. 18.121.2 - Capital Rel. Desembargador Prado Rossi - (RJTESP v. 77, p. 80).

Quanto ao preço a ser pago pelo expropriado, a fim de readquirir o bem que lhe seja oferecido em preferência, entendem alguns juristas que pode ser negociado com o expropriado. Muitas decisões e posicionamentos doutrinários se harmonizam com essa orientação. Senão, vejamos:

a. *"Pela retrocessão, firmada no direito à coisa, o expropriado readquire a propriedade de igual modo, pagando um justo preço. E este justo preço deve ser calculado para o equilíbrio dos direitos, na base em que se calcula o justo preço nas desapropriações" (no dizer de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho).*

b. *"Pela retrocessão, o expropriado readquiriu a propriedade de igual modo, pagando um justo preço. Em ambas as hipóteses, verifica-se aquisição forçada de propriedade. A norma que fixa o pagamento no primeiro caso, fixa também no segundo". Recurso Extraordinário nº 61.417 - Supremo Tribunal Federal (RDA, v. 108/272).*

c. *"A expropriação e a retrocessão são os pólos de uma mesma realidade. Pela primeira, o Poder Público adquire a propriedade, pagando um justo preço. A recíproca é verdadeira. Pela retrocessão, o expropriário readquire a propriedade, do seu bem, devendo, de igual modo, pagar um justo preço. De uma e da outra maneira, se há verificado aquisições de*

propriedade de modo forçado. Sem casamento de vontade e, sim por disposição legal. Se, na primeira hipótese, a aquisição compulsória se efetiva mediante o pagamento de um preço justo, na segunda, a aquisição deverá ser feita também através de desembolso de preço adequado". (Sentença do Juiz Jarbas dos Santos Nobre - 3ª Vara Federal SP citada por R. Limongi França, *Manual Prático das Desapropriações*, p. 341).

Ainda para Regis Fernandes de Oliveira, admitida a existência da retrocessão no Direito brasileiro *in specie*, ou seja, havendo a possibilidade de reaquisição do imóvel, e rejeitando-se frontalmente, a solução dada pela jurisprudência de se admitir a indenização por perdas e danos, de vez que a nosso ver, há errada interpretação do art. 35 do Dec.lei 3.365/41, surge a questão também discutida se o direito à retrocessão é personalíssimo, ou é transmissível, *causa mortis*.

A respeito dessa questão diz José Carlos Moraes Salles (ob. cit., p. 694) dividem-se, também, profundamente, as opiniões dos juristas.

Ebert Chamoun, aludindo ao disposto no art. 1.157 do CC, que prescreve: "*o direito de preferência não se pode ceder nem passa aos herdeiros*", entende que essa norma não se refere unicamente a *preempção convencional*, alcançando inclusive a *preempção legal*, regulada pelo art. 1.150 do referido Código. Daí afirmar que as mesmas razões que conferem caráter personalíssimo ao direito do vendedor, que pactuou expressamente a preempção, acordem ao direito do expropriado, diante da não destinação da coisa aos fins de utilidade pública, para concluir que "*o Direito está interessado em que as situações jurídicas se tornem sempre mais perfeitas, consolidadas, puras e definitivas; e em que, por conseguinte, na hipótese, não fiquem o comprador, e o expropriante, indefinidamente acorrentados ao dever de oferecer a coisa ao seu dono anterior*". Para esse autor, portanto, o direito à retrocessão é intransmissível *causa mortis*.

Nesse sentido, as lições de Eurico Sodré (*A desapropriação*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1955, p. 214), Hely Lopes Meirelles (ob. cit., p. 505).

Hélio Moraes de Siqueira contesta, entretanto, esse ponto de vista, ao nosso ver com inteira procedência diz José Carlos Moraes Salles (ob. cit., p.

695). Segundo entende, os direitos relativos à retrocessão são transmissíveis aos herdeiros de seu titular, uma vez que o preceito contido no art. 1.157 do CC só diz respeito à preempção convencional, não atingindo, portanto, a preempção legal.

Esse entendimento já foi acolhido pelo STF, em acórdão estampado pela RDA 73/155, com seguinte ementa: "*A ação de retrocessão passa aos herdeiros do expropriado*". Nesse julgado, o Min. Gonçalves de Oliveira afirmou que "*a ação intentada não expressa direito personalíssimo, como se decidiu, mas passa aos herdeiros*".

A jurisprudência tem se manifestado favoravelmente à transmissão do direito de retrocessão (RTJ 23/169, 57/46 e 73/155).

José Carlos de Moraes Salles (ob. cit., p. 695) diz que o eminente Min. Eloy da Rocha, em voto proferido no STF, assim se pronunciou sobre a vertente questão: "*Por último, alegou a Fazenda do Estado que o art. 1.150 do CC cuida de direito personalíssimo, que não passa, portanto, aos herdeiros, segundo dispõe o art. 1.157. O acórdão recorrido não admitiu a intervenção dos herdeiros, como assistentes. Julgou, no entanto, o Supremo Tribunal que passa aos herdeiros do expropriado o direito de retrocessão, quando o expropriante não deu ao imóvel o destino previsto, tendo proposto sua venda a terceiro - Ag. 26.619, de 07.08.62 (RTJ 23/169 e 170). O art. 1.157 do CC não se aplica à hipótese do art. 1.150, diante da natureza do direito regulado neste dispositivo. Pontes de Miranda, retificando o que escrevera no t. XIV, 2ª ed., § 1.612, p. 174, do Tratado de Direito Privado, afirma, no t. XXXIX, § 4.130, p. 207: 'No art. 1.150, o CC falou do direito legal de preferência, que tem o titular do direito de propriedade se há desapropriação. No art. 1.157 diz-se que o direito de preferência não se pode ceder, nem passa aos herdeiros. Pergunta-se: o art. 1.157 é invocável se o direito de preferência, em vez de ter origem negocial, se funda no art. 1.150? A resposta há de ser negativa. O art. 1.157 somente concerne aos negócios jurídicos de compra e venda em que se inseriu ou se adjectou o pacto de preempção. Se houve desapropriação do bem de "A" e a União, o Estado-membro, ou o Município não vai dar ao bem o destino para que foi desapropriado, os herdeiros de "A" têm o direito de preferência. O art. 1.157 não apanha as espécies do art. 1.150. Passa-se o mesmo nos outros casos de direito de preferência ex lege, como do art. 1.139 do CC'. Falecido, em 11.07.44, João Batista de Oliveira Penteado (fls. 42), a ação foi*

promovida em 28.05.63, por Maria Carlota de Azevedo Penteado, por si, pessoalmente, e na qualidade de viúva meeira e inventariante da herança, e assistida pelos herdeiros. A herança foi representada pela inventariante art. 85 do CPC. Os herdeiros podiam intervir na ação como litisconsortes - art. 88, § único, do mesmo Código".

Confirmam-se, ainda, no mesmo sentido, as decisões publicadas na RTF 59/631 e 720. Verifique-se, também, a RJTJSP 124/334 e ss.

Esclarece Regis Fernandes de Oliveira que é inaplicável no direito público o art. 1.157 do C. Civil. Disciplina ele relações de particulares, devidamente ajustada ao art. 1.149 que, como se viu anteriormente, cuida, também de manifestações volitivas, já, a desapropriação implica na tomada compulsória do domínio dos particulares, em decorrência de ato imperativo.

A imperatividade implica em manifestação de poder, ou seja, na possibilidade que goza o Poder Público de interferir na esfera jurídica alheia, por força jurídica própria. Já nas relações particulares, estão estes no mesmo nível; quando intervém o Estado o relacionamento é vertical e não horizontal.

Segundo lição de Odete Medauar polêmica apresenta-se, no direito pátrio, a questão da ausência de destinação do bem expropriado, ou seja, sua não utilização para fim algum.

A lei brasileira não determina prazos nas desapropriações por necessidade ou utilidade pública, porém fixa o termo de dois anos, nas desapropriações por interesse social, para que se iniciem providências de aproveitamento do bem (art. 3º da Lei n. 4.132, de 10.09.1962).

O problema se coloca, então, somente para os casos de necessidade ou utilidade pública, quando o Poder Público permanece inerte, sem expedir comunicado algum de que desistiu de usar o bem (desistência tácita).

Na doutrina, uma das soluções aventadas é a invocação, por analogia, do prazo de cinco anos, estipulado para eficácia de declaração de utilidade pública, segundo propõem Seabra Fagundes e Cretella Junior.

A analogia assim proposta, entretanto, é rejeitada por Pontes de Miranda e Chamoun, não recebendo, igualmente, acolhida nos tribunais.

O Supremo Tribunal Federal tem decidido que "*o fato da não utilização da coisa expropriada não caracteriza, só por si, independentemente das circunstâncias, desvio do fim da desapropriação*" (RE n. 64.559, julgado em 1970,

RDA 109/157); "em matéria de desapropriação, não existe prazo na lei para a utilização da coisa, cujo decurso fosse suscetível de gerar presunção de violação do destino da coisa expropriada" (RE n. 82.366, julgado em 1975, *RDA 128/395*). Exige-se, então, prova de que o bem não será aproveitado conforme a destinação prevista inicialmente. (*Destinação dos bens expropriados*, Max Limonad, 1986, p. 124).

Conclui Odete Medauar seu magistério esclarecendo, que no caso de não utilização do bem (inércia do expropriante) outra deveria ser a orientação adotada. Aceitar a não utilização do bem, sem que haja consequência alguma, sem que se dê ao expropriado possibilidade alguma de agir perante o Judiciário, é o mesmo que admitir a desapropriação sem necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, o que seria inconstitucional. Para nós, não utilizar o bem significa não dar-lhe o destino previsto na declaração. A inércia da Administração corresponde à desistência tácita de aproveitar o bem ou revela a desnecessidade da expropriação realizada. A orientação jurisprudencial que predomina atualmente propiciaria ocasião para desapropriar por razões pessoais, por motivos de vingança, com desvio da finalidade atribuída ao instituto.

Por isso, na ausência de preceito expresso, o Judiciário poderia, considerando caso por caso, admitir prazo razoável; ou então, para todos os casos de utilidade pública adotar, por analogia ao prazo de caducidade para a declaração expropriatória e por analogia ao disposto para os casos de interesse social, o prazo de cinco anos para utilização do bem (ob. cit., p. 125).

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro há divergência sobre existência desse direito quando o Poder Público não se utiliza do imóvel para qualquer fim; segundo alguns, o direito à retrocessão ocorre no prazo de cinco anos, por analogia com o prazo de caducidade previsto no art. 10 do Dec.-lei n. 3.365; para outros, não existe possibilidade de retrocessão, nesse caso, porque a lei não estabelece prazo para a utilização do imóvel. E, na verdade, assim é. Para que se entenda infringido o direito de preferência do expropriado, é preciso que se revele, por alguma forma concreta, a intenção do Poder Público de não utilizar o bem para qualquer finalidade de interesse coletivo; deve, no entanto, o expropriado, estar atento ao prazo de prescrição porque, uma vez caracterizada a desistência pelo Poder Público, começa a correr o prazo para pleitear a retrocessão ou perdas e danos.

Embora haja opiniões no sentido de que a prescrição, em se tratando de perdas e danos, ocorre no prazo de cinco anos previsto no Dec.-lei n. 20.910, entendemos mais correta a tese de que a prescrição é a dos direito reais, estabelecida no art. 177 do Código Civil (10 anos entre presentes e 15 entre ausentes); se assim não fosse, estar-se-ia instituindo, em benefício da Fazenda Pública, uma hipótese de usucapião no prazo de cinco anos, não agasalhada, quer pela Constituição, quer pela legislação ordinária. Nesse sentido, decisão unânime do STF no ERE 104.591-4 (DJU 10.04.87, p. 6.420).

No caso de desapropriação por interesse social, prevista na Lei n. 4.132, o art. 3º estabelece um prazo de caducidade, a contar do decreto expropriatório, não só para que se promova a desapropriação, mas também para que se adotem as "*providências de aproveitamento do bem expropriado*". De modo que, ultrapassados os dois anos, começa a correr o prazo prescricional para a retrocessão.

Em conclusão, entendemos que:

a. a retrocessão é direito misto (real e pessoal) e transmite-se aos herdeiros ou sucessores do ex-proprietário;

b. não é na lei civil que se fundamenta a retrocessão, mas na Constituição, com base no art. 5º, XXII.

BIBLIOGRAFIA

- ALBUQUERQUE, Ronaldo de. *Desapropriação e constituição de servidão administrativa*. São Paulo : Atlas, 1987.
- AZEVEDO, Noé. Desapropriação. Parecer. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 193, p. 34, set. 1951.
- CHAMOUN, Ebert. *A retrocessão no direito brasileiro*. Rio de Janeiro : Forense, 1959.
- CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários às leis de desapropriação*. 2ª ed. São Paulo : Bushatsky, 1976.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 3ª ed. São Paulo : Atlas, 1992.
- FAGUNDES, M. Seabra. *Da desapropriação no direito brasileiro*. Rio de Janeiro; São Paulo : Freitas Bastos, 1942.

- MAGALHÃES, Roberto Barcelos de. *Teoria e prática da desapropriação no direito brasileiro*. Rio de Janeiro : José Konfino, 1968.
- MAIA, Múcio de Campos. Ensaio sobre a retrocessão. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 258, p. 49, abr. 1957.
- MEDAUAR, Odete. *Destinação dos bens expropriados*. São Paulo : Max Limonad, 1986.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 11ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1987.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 2ª ed. Rio de Janeiro : Borsoi. t. XIV.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Retrocessão no direito brasileiro. *Revista de Direito Público, São Paulo*, v. 77, p. 47.
- RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 2ª ed. São Paulo : Resenha Universitária, 1976.
- SALLES, José Carlos Moraes. *Desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. 2ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1992.
- SIQUEIRA, Helio Moraes de. *A retrocessão nas desapropriações*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1964.
- SODRÉ, Eurico. *Desapropriação*. 2ª ed. São Paulo : Saraiva, 1955.
- WHITAKER, Firmino. *Desapropriação*. 3ª ed. São Paulo : Atlas, 1946.