

DESAPROPRIAÇÃO — RETROCESSÃO

— *A retrocessão não mais existe em nosso direito, nem como garantia constitucional implícita, nem mediante texto de lei ordinária.*

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Prefeitura Municipal de São Paulo *versus* Paulo Prado do Amaral

Recurso de revista n.º 62.397 — Relator: Sr. Desembargador

LAFAYETTE DE SALES JÚNIOR

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de revista n.º 62.397, de São Paulo, em que é recorrente a Municipalidade de São Paulo e recorrido Paulo Prado do Amaral: Acordam, em Sessão Civil, por maioria de votos, julgar procedente a revista para declarar que o instituto da retrocessão se encontra banido do nosso direito, devendo os autos voltar ao grupo para que se aplique essa tese ao caso concreto. Preliminarmente, por unanimidade de votos, se indeferiu, por extemporâneo, o adiamento solicitado pelo antigo advogado do recorrido, visto que o julgamento já se tinha iniciado na sessão de 28 de novembro de 1955 e o requerimento só se formulou em 1.º de fevereiro do corrente ano, quando faltava votar apenas dois dos Exmos. Srs. Desembargadores.

Discute-se, no presente recurso, a questão da existência, ou não, em nosso direito atual, do instituto da retrocessão.

O acórdão recorrido, baseando-se em tratadistas alienígenas, conceituou a desapropriação como um ato causal, e a retrocessão como condição resolutiva anexa ao decreto expropriatório. O não

emprego do imóvel em fim de utilidade pública resolveria o ato expropriatório, fazendo ressurgir o antigo direito de propriedade do expropriado, o qual poderia, assim, reivindicar a própria coisa, valendo-se da retrocessão.

Não encontrando, todavia, formulado em nossas leis ordinárias o instituto da retrocessão, o acórdão recorrido, citando o jurista germânico Otto Mayer, segundo o qual a retrocessão, resultando da própria expropriação, não necessita sequer de reconhecimento pela legislação ordinária, afirmou a sua existência como garantia implícita contida no art. 141, § 6.º, da Constituição federal: a retrocessão representaria um corolário imediato do preceito constitucional sobre as garantias do direito de propriedade.

Entendeu a maioria dos juizes da Sessão Civil que a melhor opinião se acha externada nos acórdãos apontados como divergentes.

A própria conceituação da retrocessão como condição resolutiva vem repelida entre os administradores estrangeiros mais modernos. Assim, o Professor Giaquinto a rejeita como inadequada a uma relação de direito público (*in Nuovo Digesto Italiano*, 5.º vol., pág. 656);

por sua vez, Carugno mostra que a doutrina atual define a retrocessão como um direito legal de compra (*L'espropriazione per Pubblica Utilità*, ed. de 1950, pág. 316). *Daí a consequência muí justa e moralizadora*; o expropriado não se limita a devolver o preço recebido e sim a pagar o valor atual do imóvel retrocedido (Giaquinto, ob. cit., pág. 657; Carugno, loc. cit.), evitando-se, dessa maneira, enriquecimento ilícito dos expropriados, em épocas de inflação e de grandes valorizações imobiliárias.

Como quer que seja, a natureza jurídica da retrocessão interessaria se o instituto existisse em nosso direito. Não existindo em nossas leis ordinárias, o acórdão recorrido, invocando o ensinamento de Otto Mayer, deu pela sua subsistência como garantia constitucional implícita ao direito de propriedade.

Sem embargo da autoridade de Otto Mayer, parece que a sua opinião não prevalece sequer em sua pátria. Pelo menos, é o que se deduz da breve nota de Wolf, consoante a qual a retrocessão se admite na Baviera, na Saxonia e em Baden, mas não na Prússia (*De-recho de Cosas*, 1.º vol., § 64, nota 29). Depois, em matéria de direito constitucional, tem-se de ver a nossa Constituição vigente, sem dúvida diversa da germânica. E pela Constituição de 1946 forçoso confessar-se, inexistente a retrocessão como garantia fundamental. Entre nós, a garantia constitucional ao direito de propriedade se restringe ao literalmente expresso no art. 141, § 16, da Lei Magna; não nas garantias constitucionais implícitas no direito de propriedade.

E' o ensinamento de Pontes de Miranda, ao frisar o caráter exaustivo do art. 141, § 16, da Constituição de 1946; "... passou-se o mesmo com a Constituição de 1946, de modo que nenhuma garantia, segurança ou direito constitucional tem a propriedade fora dos textos explícitos. Assim, existe regra de interpretação da Constituição, que é a de se não subentender qualquer direito ou garantia constitucional à propriedade fora do § 16 do art. 141, tanto

mais quanto outros textos da Constituição, a respeito, em vez de atribuírem direitos, seguranças e garantias, importam limitações maiores ao direito de propriedade" (*Comentários à Constituição de 1946*, 1.ª ed., vol. III, pág. 387).

Ora, o citado art. 141, § 16, explicitamente não outorga o direito de retrocessão. Inexistindo assim como garantia implícita constitucional e inexistindo em nossas leis ordinárias, segue-se daí que a melhor tese se encontra com os arestos indicados como divergentes. Eis por que se julgou procedente a revista.

Custas como de direito.

São Paulo, 8 de fevereiro de 1956. — *J. M. Gonzaga*, Presidente. — *Lafayette Sales Júnior*, Relator designado para o acórdão. — *Amorim Lima*, vencido. — *Justino Pinheiro*. — *Joaquim de Silo Cintra*, vencido. — *Frederico Roberto*, vencido. — *A. de Oliveira Lima*. — *Tomás Carvalhal*, vencido. — *Luís Morato*. — *Dimas de Almeida*. — *Alcides Faro*, vencido. — *J. C. Ferreira de Oliveira*. — *Minhoto Júnior*, vencido. — *Samuel Francisco Mourão*, vencido. — *Fábio de Sousa Queirós*. — *Cantidiano de Almeida*. — *Davi Filho*. — *Euclides C. da Silveira*, vencido. — *Pinto do Amaral*. — *Rafael de Barros Monteiro*, vencido. — *Prado Fraga*, vencido de acórdão com a seguinte declaração de voto:

Negar-se a existência, em nosso direito, do instituto da retrocessão, é admitir a possibilidade de uma desapropriação sem necessidade ou utilidade pública: é entregar a propriedade privada ao inteiro arbítrio do poder expropriante.

Clóvis Beviláqua, discorrendo sobre as *Linhas Gerais da Evolução do Direito Constitucional da Família e da Propriedade, durante a centúria de 1827 a 1927*, observa que:

"No Direito Civil, há duas poderosas forças conservadoras, que se desenvolvem por ação de seus próprios elementos, resistindo às invasões do exterior, a que somente cedeu, a custo, por lenta assimilação: a organização da proprie-

dade imóvel e a da família. Ambas nutrem-se da tradição e, acastelando-se nela, mantêm o cunho do particularismo jurídico da idionomia de cada povo” (*Linhas e Perfis Jurídicos*, 1930, página 93).

Um panfletário houve — Pierre Joseph Proudhon — que, em 1840, lançou a célebre frase, que correu o mundo, afirmando que a propriedade é o roubo: *La propriété, c'est le vol!*

Mais tarde, com as suas idéias esclarecidas por novos estudos, novas observações e experiências, afirmou Proudhon que a propriedade é a liberdade: *La propriété, c'est la liberté!* E explica: a propriedade é um fato universal, senão em atualidade, ao menos em tendência; um fato invencível, irreduzível, ao qual cedo ou tarde o legislador deverá dar sua sanção; ela renasce de suas cinzas, como a *phœnix*, quando destruída pelas revoluções, e o mundo a viu apresentar-se em tôdas as épocas, como antes da casta, a garantia da liberdade, e, quase direi, a encarnação da Justiça.

A propriedade é a única força capaz de contrabalançar o despotismo do Estado. A êsse respeito esclarece Proudhon: “O Estado constituído pela maneira mais racional, mais liberal, animado das instituições mais justas, não é menos uma força enorme, capaz de tudo esmagar em volta dêle, se não se lhe der um contrapêso. Onde encontrar um poder capaz de contrabalançar êsse poder formidável do Estado? Não existe outro senão a propriedade. Tomai a soma das forças proprietárias: tereis um poder igual ao do Estado.

Servir de contrapêso ao Poder Público, contrabalançar o Estado, e por êsse meio assegurar a liberdade individual: tal será, pois, no sistema político, a função principal da propriedade” (P. J. Proudhon, *Théorie de la Propriété*, págs. 37, 75 e 137).

Eis por que, em tôdas as nossas Constituições, vem garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública.

Não havendo necessidade ou utilidade pública, não pode ser tirada a propriedade do seu legítimo dono.

Já no tempo do Império, em 1883, dizia a Seção de Justiça do Conselho do Estado Brasileiro, justificando o direito de retrocessão:

“O direito de ordenar a desapropriação apóia-se sôbre os mais sólidos princípios de justiça.

A Constituição garante a propriedade e o proprietário não pode ser despojado senão mediante indenização prévia, quando o bem público, legalmente constatado, assim o exigir.

Segue-se assim que, segundo o princípio constitucional, depois de decretada e julgada a desapropriação, o Governo não pode utilizar o imóvel desapropriado para fim diferente do que o que serviu de fundamento à desapropriação, atendendo a que a utilidade dêsse novo emprêgo deveria ter sido previamente demonstrada” (Cf. Viveiros de Castro, *Tratado de Ciência da Administração e Direito Administrativo*, 2.^a ed., pag. 305).

Ao tempo da Constituição de 1891, pontificava Rui Barbosa: “A duas condições impreteríveis subordina, pois, o nosso Direito Constitucional, em ambos os regimes, a desapropriação, para que se revista de legitimidade: a de que haja necessidade ou utilidade pública na desapropriação, e a de que seja antecipadamente indenizada.

São dois requisitos constitucionais. A lei ordinária, portanto, está obrigada a lhe obedecer...” (*Comentários à Constituição Federal Brasileira*, 1934, vol. V, pag. 415).

Na mesma ordem de idéias, declara, atualmente, Carlos Maximiliano, ao comentar o art. 141, § 16, da Constituição federal de 1946:

“Se a Administração desiste de reallizar a obra para a qual desapropriou o imóvel, não pode revendê-lo; prevalece o princípio da retrocessão: o bem é restituído ao antigo dono pelo preço que êle recebera do Poder Público” (*Cómentários à Constituição Brasileira*, 4.^a ed., vol. III, n.º 547, pag. 115).

Se, portanto, não existirem a necessidade ou utilidade pública, ou interesse social, não possui a desapropriação o seu sucedâneo constitucional.

“Em verdade — acrescenta Carlos Maximiliano — a entrega, direta ou indiretamente forçada, de qualquer coisa ao Estado não se justifica senão pela aplicação da mesma à realização de obra pública; se esta não se efetua, a operação mencionada carece de base legal; fica sem objeto; por isto adquirem os proprietários justo motivo para reclamar o retôrno do bem expropriado ao seu patrimônio” (ob. e loc. cit.).

Tem-se afirmado que, tanto no direito pátrio como no das nações cultas, só existe, com referência ao bem expropriado, o instituto da preempção ou preferência, mas não existe a retrocessão.

Primeiramente é preciso esclarecer que um instituto não exclui, nem substitui o outro.

A preempção ou preferência é de iniciativa do expropriante, conforme se vê do art. 1.150 do Código Civil. A retrocessão é provocada pelo expropriado, quando não fôr dado ao imóvel o destino que serviu de justificativa à desapropriação.

E se fé merecem escritores antigos e modernos que versaram o assunto, a retrocessão existia e ainda existe na legislação de outros povos cultos.

Em *Tratado*, publicado há mais de meio século, Garsonnet transcreve a seguinte opinião de Legrand, Comissário do Governo à Câmara dos Deputados na discussão da lei de 7 de julho de 1833: “O Estado não adquiriu como um simples particular; êle não pôde tornar-se proprietário senão mediante uma condição, os terrenos não lhe foram vendidos senão por causa da utilidade pública. Se esta causa não se realiza, é justo que os proprietários desapossados possam, se quiserem, recuperar o gôzo dos imóveis que êles cederam, e sômente com a sua recusa de retomada, a um preço equitativo, é que a Administração pode proceder a uma venda pública” (*Traité de L'Expropriation*, 1901, tomo II, n.º 619, págs. 318 e 319, nota 1).

E, em obra recentíssima, publicada em 1952, os Professôres de Direito Administrativo Paul Duez e Guy Debeyre, em parágrafo intitulado *La rétrocession*, reafirmam: “A expropriação não era juridicamente fundada senão porque o bem expropriado era necessário para realizar uma obra de interesse público definido pelo ato declarativo de utilidade pública. Se posteriormente à expropriação, a Administração não realiza essa obra, a expropriação fica privada de base jurídica em face do expropriado. E' lógico e equitativo que êste possa recuperar o seu bem, pois que, de fato, êle não se apresenta mais necessário à satisfação do interesse público. E' o objeto da retrocessão consagrada pelo art. 60 da lei de 3 de maio de 1841, e retomada pelo art. 53, § 1.º, do decreto-lei de 8 de agosto de 1935” (*Traité de Droit Administratif*, 1952, n.º 1.158, pág. 846 — cf. Etienne Carpentier, *Le Droit Commun et quelques Règles Exceptionnelles de l'Expropriation pour cause d'Utilité Publique*, 1949, ns. 84, 85 e 100, págs. 41, 42 e 46).

Isso em relação ao direito francês.

Quanto ao direito italiano, Turchiarulo reproduz o seguinte texto da relação de Pisanelli: “Como o sacrifício, que se impõe aos indivíduos de abandonar forçadamente a sua propriedade, sômente é justificado pela execução da obra pública, por isso, se o imóvel para êsse fim adquirido não se aplicar a tal destino, justiça e razão exigem que seja concedida ao proprietário a faculdade de recuperá-lo”.

E êsse mesmo autor, pouco antes da passagem citada, diz que: “O legislador de 1865, nos arts. 60 e 63 da lei, configura duas hipóteses, nas quais pode-se exercitar o direito de retrocessão do bem desapropriado, isto é: quando qualquer imóvel, desapropriado para obra de utilidade pública, depois da execução não receba, no todo ou em parte, o destino previsto; quando, feita a desapropriação, a obra não seja realizada e seja transcorrido o prazo para isso concedido ou prorrogado” (*L'Espropriazione per Pubblica Utilità*, 1947, capítulo XVI — *Della retrocessione*, págs.

151-152 — cf. Pasquale Carugno, *L'Espropriazione per Pubblica Utilità*, 1950, pág. 315).

Pode-se, pois, afirmar que continua em vigor, tanto em nosso direito, como em algumas nações cultas, o instituto da retrocessão.

Dizia o Conselheiro Andrade Figueira que o respeito à propriedade privada “é em todo o mundo policiada a craveira por onde se mede a civilização de um povo” (*apud* Sá e Albuquerque, *Desapropriações*, 1912, pág. 108).

E, atualmente, acentua Pontes de Miranda que: “Os princípios que se con-

têm no art. 141, § 16, correspondem a um grau assaz elevado da evolução social, quando não mais se pensou em direito dos príncipes acima do direito de propriedade, nem se permitiu a desapropriação, sem justa causa, nem, sem a indenização completa e prévia” (*Tratado de Direito Privado*, tomo XI, § 1.164, n.º 4, pág. 24).

Por estas considerações e as demais constantes do brilhante acórdão recorrido, julgava improcedente a revista.
— Breno Caramuru. — Leme da Silva.
— Teodomiro Dias.