

NATUREZA JURÍDICA DA RETROCESSÃO NAS DESAPROPRIAÇÕES

VFRFNA BECKER NYGAARD
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professora de Direito Civil na Universidade do
Vale do Rio dos Sinos

APRESENTAÇÃO

O presente estudo, oferecido em conclusão ao VI Curso de Especialização em Direito Administrativo, promovido pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo sob a coordenação do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, foi motivado pelo intuito de provocar um reexame dos pressupostos em que se fundamenta a orientação dominante acerca da natureza jurídica da retrocessão e, assim, alimentar uma controvérsia aparentemente superada.

Tal nos parece necessário e oportuno, porquanto a concepção que, embora não sem vacilações, tem predominado, seja na doutrina, seja na jurisprudência, não atende ao preceito constitucional da garantia do direito de propriedade. É que a efetividade desta garantia afigura-se-nos especialmente importante nos nossos dias, na medida em que à gama de poderes e prerrogativas atribuídos ao Estado moderno prestador de serviços públicos, deve corresponder equivalente proteção aos direitos dos particulares. Está em causa a delicada questão do equilíbrio entre as prerrogativas de que é dotada a Administração para atuar no interesse público e a garantia da esfera jurídica dos administrados.

No contexto da desapropriação, a retrocessão aparece como um dos principais instrumentos de tutela dos interesses privados e, por conseguinte, de realização e manutenção daquele equilíbrio. Todavia, a eficácia do instrumento depende da natureza jurídica que se reconhecer ao instituto.

A esta questão, e tão somente a ela, pretendemos oferecer uma resposta possível que, assim esperamos, provoque o estudo acurado que a matéria ainda está a merecer.

O texto ora divulgado é uma versão revisada do trabalho sobre o qual fomos arguidos quando da conclusão do Curso de Especialização.

1. Noção e histórico da retrocessão no direito brasileiro.

É no contexto da desapropriação que se cogita da retrocessão, pois esta deriva daquela, como um efeito eventual.

A desapropriação sempre teve, no direito brasileiro, seu fundamento jurídico positivo no texto constitucional, no capítulo referente aos direitos e garantias individuais. Todas as Constituições, desde a Imperial de 1824 até a Emenda Constitucional nº 1/69, conceberam-na como uma exceção ou limite à garantia do direito de propriedade quando, como se lê no art. 179, XXII, daquela, "o bem público legalmente verificado exigir o uso e emprego da propriedade do cidadão".

Nesta antiga formulação está também expresso o fundamento político da desapropriação, que não sofreu qualquer modificação na história constitucional brasileira: "a supremacia do interesse coletivo sobre o individual, quando incompatíveis", conforme a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello ("Apontamentos sobre a desapropriação no direito brasileiro", in RDP 23/19).

A aquisição originária de propriedade pelo Poder Público não é elemento da definição constitucional da desapropriação, nem constitui o seu fim. Dela decorre, como um efeito, porque ao legislador se afigurou como um meio ou expediente, eficaz e idôneo, para prover ao interesse público. Por isso mesmo, a revenda do bem expropriado há de ser admitida, como o vem sendo pelos nossos Tribunais, sempre que dele depender a realização da finalidade pública que ensejou a desapropriação.

Do ponto de vista constitucional, poder-se-ia, assim, dizer, que "os sujeitos de desapropriação não seriam as pessoas jurídicas, mas o interesse público, ou melhor, a necessidade à a utilidade pública" (Ministro Gonçalves de Oliveira, em voto proferido no RE 52.113, in RDA 77/241).

Se o Poder Público não der ao bem e destinação que motivou a desapropriação ou outra, desde que também de interesse público, o ato expropriatório não mais se justifica, havendo a propriedade de retornar ao seu antigo titular.

Com efeito, o alcance da proteção constitucional do direito de propriedade – cuja "única exceção", como estave no texto de 1824, é a desapropriação – está, não só em garantir a propriedade enquanto instituição, mas também enquanto direito subjetivo do seu titular. Por isso mesmo, quando despojado do seu bem, o proprietário tem direito à indenização e direito a reaver o bem desapropriado sempre que não seja aplicado no interesse público.

A retrocessão é o instituto que, no direito brasileiro e no alienígena, se conhece para restabelecer o direito de propriedade nas mãos do seu antigo titular, sempre que a entidade desapropriante não empregar o bem em finalidade de interesse público.

"Negar-se a existência da retrocessão é", como bem disse o Desembargador Prado Fraga, "admitir a possibilidade de uma desapropriação sem necessidade ou

utilidade pública: é entregar a propriedade privada ao inteiro arbítrio do poder expropriante" (citação feita em acórdão do STF, RE 32.410, in RDA 51.284).

A retrocessão é instituto tão antigo no direito brasileiro quanto a própria desapropriação, sendo vislumbrado na Lei nº 57, de 18 de março de 1836, da Província de São Paulo, quando no art. 5º, ao lado do recurso ordinário sobre o quantitativo da indenização arbitrada, prevê "recurso à Assembléia Legislativa provincial para a restituição da propriedade".

Em 1899, Carlos de Carvalho assim redigiu o art. 855 de sua Nova Consolidação das Leis Civis: "Se, verificada a desapropriação, cessar a causa que a determinou ou a propriedade não for aplicada ao fim pere o qual foi desapropriada, considera-se resolvida e desapropriação e o proprietário desapropriado poderá reivindicá-la".

Contudo, a retrocessão teve sua primeira e única disciplina legislativa expressa, no art. 2º, § 4º da Lei 1021, de 23 de agosto de 1903, nestes termos:

"§ 4º – Se, por qualquer motivo, não forem levadas a efeito as obras para as quais for decretada a desapropriação, é permitido ao proprietário reaver o seu imóvel restituindo a importância recebida, indenizando as benfeitorias que porventura tenham sido feitas e aumentando o valor do prédio".

O Regulamento desta lei, aprovado pelo Decreto nº 4.956, de 09 de setembro de 1903 no art. 14, apenas repete o dispositivo transcrito, nada esclarecendo quanto à forma de exercício do direito, nem quanto aos seus efeitos.

A jurisprudência continuou entendendo que o direito de retrocessão se efetiva mediante a ação reivindicatória, conforme se pode ver nos fundamentos do acórdão do Tribunal da Justiça de São Paulo, de 02 de junho de 1914 (RT 10 66), "in verbis":

- "a) considera-se resolvida a desapropriação desde que cessa o motivo que a determinou, ficando o ex-proprietário, por esse facto, com direito de reivindicar a coisa que foi objecto da violência soffrida;
- b) não se altera esse direito, nem com a circunstância de servir a propriedade para utilidade diversa da que fundamentou o ato da desapropriação (caso em que seria necessário novo ato), nem com a superveniência de acôrdo sobre o preço e transmissão da propriedade (caso em que não há contrato de compra e venda, mas execução amigável de um ato inevitável);

- c) a prestação a que o reivindicante é obrigado, é, pura e simplesmente, a restituição do que recebeu, salvo se a propriedade aumentou ou diminuiu de valor por acto do novo proprietário, pois, então, haverá reembolso de despesas ou dedução de prejuízos, conforme for apurado em processo regular".

Este entendimento perdurou até a entrada em vigor do Código Civil que, dispondo sobre a mesma matéria de forma diferente, parece ter assimilado o que até então se configurava como direito de retrocessão, ao direito de preempção ou preferência na compra e venda.

Preceitua o art. 1150 do Código Civil:

"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".

Em virtude da vigência simultânea da Lei 1021 de 1903 e do Código Civil, estabeleceu-se um sistema assaz confuso, na medida em que os dois diplomas atribuíram ao mesmo suporte fático – não aplicação do bem à finalidade que ensejou a desapropriação – efeitos diversos. Enquanto que da Lei 1021, norma jurídica de direito público, decorria o direito do proprietário, de reaver o bem, o Código Civil, norma de direito privado, criou, para as entidades públicas, simples dever de oferecimento.

Essa diversidade de tratamento originou a controvérsia doutrinária e jurisprudencial acerca da natureza jurídica do instituto da retrocessão.

À concepção vigente, segundo a qual o direito de reaver o bem era dotado de pretensão reivindicatória e, portanto, de eficácia real, contrapôs-se a concepção, extraída da Lei Civil, da eficácia meramente pessoal da retrocessão. Como, com clareza, escreve Clóvis Beviláqua nos seus comentários ao Código Civil, "o ex-proprietário, por isso que perdeu o seu domínio, não tem o direito de reivindicação que, erroneamente, se lhe reconhecia anteriormente, mas sim, o direito de preferência. O sistema do Código é mais conforme ao rigor dos princípios" (de direito privado, é de acrescentar-se). No mesmo sentido argumenta Whitaker na sua obra "Desapropriação" (S. Paulo, 1941, pág. 74).

O direito do expropriado de reaver o bem, quando não tivesse o destino para que fora desapropriado, passou a ser concebido como um direito de preferência que, se desrespeitado pelo Poder Público, originaria, tal como na compra e venda, uma pretensão indenizatória, como preceitua o art. 1156 do Código Civil.

Esta era a concepção, pode-se dizer, dominante, quando entrou em vigor o Decreto-Lei nº 3.365/41. Este omitiu qualquer referência à retrocessão, por se ter

entendido, conforme explica Francisco Campos na Exposição de Motivos, que se trata de instituto erradamente assimilado ao de desapropriação, o qual deverá continuar a reger-se pelo Código Civil.

Todavia, errônea, como pretendemos demonstrar no curso do presente trabalho, é exatamente a assimilação do instituto da retrocessão ao direito de preempção ou preferência na compra e venda, a que se entende ter procedido a Lei Civil.

Com a entrada em vigor do Decreto-Lei nº 3.365/41 e a conseqüente revogação da legislação de 1903, estabeleceu-se, no plano infraconstitucional, uma regulamentação da matéria, na aparência, mais coerente.

Para tanto contribuiu decisivamente a regra do art. 35 do Decreto-Lei 3.365, segundo a qual os bens expropriados, uma vez incorporados à Fazenda Pública, não podem ser objeto de reivindicação, ainda que fundada em nulidade do processo de desapropriação, resolvendo-se em perdas e danos, qualquer ação julgada procedente.

Assim, consumada a desapropriação, se, por qualquer motivo, o bem não tiver destino de interesse público, a entidade desapropriante o oferecerá ao ex-proprietário (Cód. Civil, art. 1150) que, no prazo de três ou de 30 dias, conforme seja móvel ou imóvel (art. 1153), poderá readquiri-lo mediante a restituição do valor da desapropriação, acrescido do valor das benfeitorias, se for o caso (art. 516). A inobservância do dever de oferecimento acarreta responsabilidade por perdas e danos (art. 1156) e qualquer pretensão do expropriado é sempre de conteúdo pecuniário, vale dizer, de natureza pessoal. Tal o resultado da interpretação literal do direito positivo em vigor, no plano infraconstitucional.

Os Tribunais, reconhecendo ter o instituto da retrocessão existido ao tempo de leis anteriores, passaram a negar sua existência atual, por não ter sido contemplado na vigente lei de desapropriações, sendo a matéria inteiramente relegada ao Código Civil que somente cuida do direito de preempção ou preferência (RT 200/282; RDA 32/223; RDA 37/237).

2. Concepção da natureza do direito do expropriado como direito pessoal. Crítica.

O exame dos argumentos extraídos do Código Civil, nos quais se baseia esta concepção, revela a sua fragilidade. Assim os de Ebert Chamoun, em seu trabalho intitulado "Da retrocessão nas Desapropriações" (in RDP, vol. 8/15-47). Depois de considerar que o expropriado, por ter perdido o domínio da coisa, não pode reivindicá-la, o autor argumenta que o preceito do art. 1150 do Código Civil, ajustando o direito do expropriado à disciplina geral da preempção e introduzindo-o no direito das obrigações, não poderia senão criar um direito pessoal, análogo

àquele que a própria preempção engendra, pois não se compreenderia que a equiparação realizada pelo legislador visasse a atribuir aos institutos, efeitos e natureza diferentes. Ebert Chamoun pondera ainda que, se o direito do expropriado tivesse a veemência e a eficácia peculiares ao direito real, o dever do expropriante, correspondente àquele direito, não se manifestaria em termos de simples oferecimento, pois ao direito real não se contrapõe, jamais, um mero dever de oferecer (p.24).

E conclui:

"É mister, pois, reconhecer que o expropriante, ainda após ter faltado ao dever de aplicar a coisa aos desígnios da desapropriação, pode, como proprietário que é, e sem receio de perder o domínio sobre ela, usar, fruir e dispor de tal coisa livremente, vale dizer, exercer amplamente todas as faculdades em que se desdobra a sua senhoria. Se desobedece aos fins da desapropriação e não oferece, em momento oportuno, a coisa ao expropriado, lesa direito pessoal deste, devendo-lhe, portanto, como ocorre nas lesões de direito dessa natureza, pagamento de indenização (p. 26).

Ora, na medida em que se fundamenta na legitimidade de uma infração ao texto constitucional – porque admitir possa o Poder Público faltar ao dever de aplicar a coisa aos desígnios da desapropriação é admitir a infração a dever estabelecido pelo art. 153, § 22 do E. C. 01/69 (art. 141, § 16 da CF de 1946) – tal conclusão é absolutamente insustentável, como o é toda aquela que, em matéria de Direito Público, se baseia numa interpretação literal da lei civil.

O propósito, é pertinente a crítica tecida pelo Ministro Seabra Fagundes à jurisprudência brasileira, dizendo que, no campo do Direito Administrativo, "o receio de fixar os princípios, ou mesmo de os deduzir, com largueza, de certos cânones do Direito Civil, pela adequação destes ao espírito do Direito Público, é impressionante" ("Da Contribuição do Código Civil ao Direito Administrativo", in RDA, vol. 78/12).

Exemplo dessa falta de adequação ao espírito do Direito Público aparece ainda noutro argumento utilizado por Ebert Chamoun. Com efeito, partindo de que a desapropriação opera a trasladação do domínio, o autor considera que "a proteção constitucional da propriedade viria, afinal, a beneficiar o próprio poder desapropriante, novo titular da propriedade, cujo direito é igualmente digno de ser salvaguardado".

Assim é que, desatento a que a proteção constitucional é da propriedade privada, gozando a propriedade pública de outro tipo de garantias, e a que o sentido daquela proteção, enquanto referida ao direito subjetivo, está em dirigir-se precisamente contra ingerências indevidas do Poder Público, Ebert Chamoun não vê "por que razão invocar o amparo constitucional do domínio para quem não tem o domínio e desconhecê-lo em favor de quem é o seu legítimo titular" (p. 23).

Igual prevalência ao texto civil é também atribuída por Alfredo de Almeida Paiva que, em comentário crítico a brilhante acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, no qual se decidiu que a retrocessão não está banida do nosso direito por ser corolário da garantia constitucional do direito de propriedade, sendo inassimilável ao direito pessoal de preempção ou preferência, afirma:

"31. Enquanto, porém, não for alterada a atual lei de desapropriação ou derogado o art. 1150 do Código Civil, para expressamente reconhecer-se a existência da retrocessão, não há como admitir a invocação de tal direito, maxime sob a frágil alegação de tratar-se de corolário da garantia constitucional do direito de propriedade" (in RDA 40/303).

Existirá, em matéria de direito positivo, mais sólida interpretação do que aquela baseada diretamente no texto constitucional?

3. Posição do problema.

O direito que nasce ao expropriado em virtude da não aplicação do bem à finalidade pública, há de ser estudado no direito positivo, à luz da Constituição, da legislação especial sobre desapropriação e do Código Civil, de forma integrada.

Como instituto de direito público – constitucional, administrativo e processual – cuja única e, sem dúvida, importantíssima implicação no campo do direito privado é o seu efeito extintivo da propriedade, a desapropriação instaura uma relação jurídica de direito público. Imprópria foi, por isso, a inserção do preceito relativo ao direito do expropriado no texto do Código Civil. Contudo, "tal heterotopia é inoperante: o direito, a pretensão e a ação que surgem ao que sofreu a desapropriação são de direito público, e não de direito privado" (Pontes de Miranda, "Tratado de Direito Privado", vol. XIV, pág. 172). Além do Código Civil, foram alvo de críticas os Ministros Carlos Medeiros e Silva e Francisco Campos, aquele autor do projeto do Decreto nº 3.365/41 e este, da Exposição de Motivos, por terem entendido que a retrocessão não estaria assimilada à desapropriação, mas ao direito privado de preferência.

A propósito, o próprio Clóvis Beviláqua refere que "a classificação do Código Civil tem sido censurada, porque a retrocessão resulta do fato de não se verificar o interesse público, pressuposto da desapropriação e a preempção resulta do acordo entre vendedor e comprador. Não existindo a causa legal da desapropriação volve o bem ao domínio do desapropriado" (Direito das Coisas, 1941, vol. 1º, p. 223). Todavia, não nos é dado saber de que forma isso ocorre, sobretudo tendo em vista que o mesmo autor, no seu "Código Civil Comentado", negara ao ex-proprietário o direito de reivindicação.

Assim, conforme salienta Seabra Fagundes no já citado trabalho, em virtude de sua natureza de direito público subjetivo de origem constitucional, o direito

assegurado pelo art. 1150 do Código Civil goza de preeminência sobre os direitos subjetivos de natureza privada e tem de ser interpretado num sentido diverso do direito de preferência reconhecido em função de normas contratuais. Impõe-se dar-lhe "um tratamento específico, e não o comum, segundo o qual se resolvem as pendências de indivíduo para indivíduo" (RDA, vol. 78/16). Dada a íntima vinculação do direito do expropriado com a desapropriação, uma vez que dala é efeito, a especificidade do tratamento a ser-lhe dispensado há de ser buscada no próprio contexto da desapropriação.

O fundamento político da desapropriação, como já foi referido antes, está em princípio angular do direito público, e que é a supremacia do interesse público sobre o particular. Em caso de conflito, prevalece aquele sobre este; o particular é despojado de seu direito para que o Estado, na qualidade de órgão encarregado de zelar pelo bem comum, adquira a propriedade e possa desempenhar adequada e eficazmente suas funções. Sob o ângulo do Estado, a desapropriação é um meio através do qual se investe do poder de disposição sobre o bem jurídico cujo uso e emprego é, no caso, exigido pelo interesse público.

A desapropriação nenhuma semelhança tem com a compra e venda; qualquer analogia com uma alienação ou venda forçada, sobre ser perigosa, em nada contribui para a elucidação do instituto. Com efeito, negócio jurídico por excelência, a compra e venda resulta do exercício da autonomia de vontade, reputando-se perfeita no momento do acordo sobre as prestações: transferência do domínio, de um lado e pagamento do preço, de outro. Nenhum desses elementos é encontrável na desapropriação, onde, em lugar do acordo de vontades, há ato de império; em lugar da obrigação de prestar, há perda; em lugar do pagamento do preço como contraprestação, há indenização pela perda. Finalmente, em vez de transmissão da propriedade, que é adimplemento na compra e venda, mediante a desapropriação se dá a aquisição originária de um lado, e a perda, de outro.

O direito de desapropriar nasce, para o Poder Público, no instante do surgimento da necessidade ou utilidade pública ou do interesse social. A existência do interesse público sob a forma de uma dessas espécies, conforme explicitadas na lei ordinária, é, portanto, o próprio suporte fático constitucional da desapropriação.

Assim sendo, o procedimento expropriatório não pode ser instaurado se o interesse público não existe ou, se já consumado, o bem é que não pode permanecer nas mãos do expropriante, se o interesse público, tendo existido, desapareceu.

Algumas regras da legislação ordinária especial parecem, contudo, impedir tal solução.

Assim, o art. 9º do Decreto-Lei 3.365/41, que veda ao Poder Judiciário decidir, no processo de desapropriação, se se verificam, ou não, os casos de utilidade

pública; o art. 20, de acordo com o qual a contestação só poderá versar sobre vício do processo judicial ou impugnação do preço, devendo qualquer outra questão ser decidida por ação direta, e o art. 35, já referido anteriormente.

Se, por força dessas normas, a verificação judicial da existência do interesse público e, por conseguinte, da legitimidade da desapropriação, somente pode ser feita em ação direta e se a sentença nesta ação for posterior ao pagamento ou consignação da indenização, o proprietário estará irremediavelmente despojado da sua propriedade por estar o bem incorporado à Fazenda Pública, muito embora o esteja indevidamente.

A entender-se assim, frustrada estará a garantia constitucional da propriedade.

Celso Antônio Bandeira de Mello, examinando a questão, admite possa o proprietário, na própria ação de desapropriação ou mesmo antes, contestar a validade da declaração de utilidade pública com fundamento na inexistência de interesse público.

Explica o autor:

"Cumpra que tal apreciação possa ser feita até mesmo na ação expropriatória que, se assim não fora, de nada valeria ao particular demonstrar-lhe o vício posteriormente, pois, uma vez integrado o bem, ainda que indevidamente, ao patrimônio público - "ex vi" do art. 35 do Decreto-Lei nº 3.365 - a questão resolver-se-ia por perdas e danos, donde ser ineficiente tal meio para garantir ao proprietário despojado a proteção estabelecida no art. 153 § 22, da Carta Magna, que assegura a propriedade, salvo quando o interesse público (entende-se, efetivamente existente) requeira sua conversão na correspondente expressão patrimonial" ("Apontamentos sobre a desapropriação no direito brasileiro", in RDP, vol. 23/28).

Pontes de Miranda externa a mesma opinião ao afirmar que o juiz da ação deve admitir a discussão dos pressupostos necessários à desapropriação (op. cit., loc. cit. p. 190).

Seabra Fagundes, contudo, tem uma visão diferente da problemática suscitada pela conjugação dos arts. 9º, 20 e 35 do Decreto-Lei 3.365/41. Admitindo dissentir de ilustres opiniões por ele mesmo longamente citadas, o Ministro pondera que a proibição do exame dos vícios do ato declaratório no processo de desapropriação, dado o seu objetivo especial que é a fixação do preço, pagamento e emissão na posse, não implica impedir o pleno exame deles pelo Poder Judiciário, o qual terá lugar por meio de ação adequada. Tal solução apóia-se no princípio de especialização das ações "que circunscreve cada uma delas a um objeto determinado e, de acordo com este, reduz ou amplia a matéria do pedido e da defesa, os prazos, as formalidades, etc..." ("Da Desapropriação no Direito Brasileiro", Rio, 1949, pag. 167).

Em contrapartida, o que se afigura ilegítimo a Seabra Fagundes é a incidência do art. 35 na hipótese de invalidade judicial do ato expropriatório por falta de motivo ou desvio da finalidade, ou seja, "negada a utilidade pública, ou afirmando o seu emprego para a satisfação de interesses privados, a restrição desse artigo é inaplicável por inconstitucional. Admiti-la seria permitir, por via oblíqua, a desapropriação sem o seu pressuposto necessário, nos termos do art. 141, § 16º, da Constituição - "O INTERESSE PÚBLICO" (op. cit., pág. 468). Em nota ao pé da página, o autor esclarece que na primeira edição do seu livro, não fizera tal restrição. Ver-se-á diante de como ainda evoluiu posteriormente em suas concepções sobre a matéria.

Confrontando essas autorizadas opiniões verifica-se que da conjugação das normas dos arts. 9º, 20 e 35 da Lei das desapropriações, interpretadas literalmente, resulta uma ofensa à Constituição - seja à de 1946, seja à Emenda Constitucional de 1969. E não só a norma que assegura o direito de propriedade, como também àquela que contempla o princípio da universalidade da jurisdição, segundo o qual, a lei é proibido excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão da direito individual (CF 1946, art. 141, § 4º, E.C 1/69, art. 153, § 4º).

A contrariedade do Decreto-Lei 3.365 ao art. 153, § 4º, está em que, ao vedar que a lei exclua da apreciação judicial qualquer lesão a direito individual, a norma constitucional implicitamente veda deixar as ações tardias, a apreciação de atos que, sem o exame imediato, estarão consumados e seu efeito lesivo, também (Pontes de Miranda, op. cit. loc. cit., p. 189).

Percebeu-o Rubem Nogueira, que afirma pouco ou nada valer, permitir a lei a revisão da legitimidade da desapropriação por interesse público mediante ação direta se não fica assegurada a preservação final do bem atingido pelo ato nulo. "...a ação direta não obsta ao principal que é a invalidação do ato expropriatório acaso fulminado de nulidade, isto é, de ofensa às condições constitucionais do direito de desapropriar, nem assegura ao expropriado a recuperação do bem. Antes, pelo contrário, prescreve a lei a perda definitiva deste e sua substituição por uma verba de perdas e danos, como se o art. 153, § 4º da Constituição fosse uma simples instância indenizatória" ("Controle Judicial das Desapropriações por Interesse Público", in RDP, vol. 30/12).

Decisões judiciais já houve, que julgaram inconstitucional o art. 10 do Decreto 4.956, de 1903, que continha regra idêntica à do art. 9º do Decreto-Lei 3.365. (Seabra Fagundes, op. cit. pag. 152 e 153; Pontes de Miranda, op. cit., pag. 180).

Todavia, não nos parece necessário chegar a tanto. Para obviar à inconstitucionalidade, basta não ler no art. 35(*), mais do que nele está escrito e do

(*) É interessante notar que a regra hoje contida no art. 35 do Decreto-Lei 3365, aparece pela primeira vez, porém com sentido e alcance totalmente diversos, em 1939, no Decreto-Lei nº 1343 de 13 de junho,

que a Constituição, nos §§ 4º e 22 do art. 153, permite esteja escrito. A "ratio legis" dessa regra, como explica Seabra Fagundes, está em evitar graves transtornos à Administração, como os que decorreriam da restituição, aos proprietários primitivos, de imóveis desapropriados, quando neles já se tivessem construído obras públicas (op. cit. pag. 274). De forma alguma se poderia ver nele proibição de restituição do bem ao antigo proprietário, por força de sentença judicial em ação direta tardia que negasse a existência de interesse público ou o emprego do bem em finalidade de interesse público.

Com efeito, no primeiro caso, alegando a inexistência do interesse público, o expropriado postula a decretação da nulidade da desapropriação e, por via de consequência, a volta do bem ao seu patrimônio, restaurando-se, assim, o "status quo ante".

No segundo caso, exercendo seu direito de retrocessão, o expropriado reivindica a propriedade por não ter o bem destino de interesse público, que, aqui, se pressupõe ter existido, sob pena de ser a hipótese idêntica à anterior.

4. Direito de retrocessão com pretensão reivindicatória.

"Ubi eadem ratio, ibi eadem jus". A mesma razão que informa a solução no caso da inexistência do interesse público informa também a solução no caso de o poder público não aplicar o bem desapropriado em finalidade pública. A diferença está em que ali, a desapropriação é inválida por ausência de pressuposto constitucional no momento da declaração de utilidade pública e aqui, embora válida a desapropriação, a permanência de seus efeitos é que não se justifica por não ter sido realizada a finalidade a que a norma constitucional a preordena.

Examinada a questão do ângulo da teoria do ato administrativo e tendo presente a noção de causa, tal como formulada por André Gonçalves Pereira, poder-se-á dizer que, no primeiro caso, a desapropriação é inválida por inexistir a relação de adequação lógica entre o pressuposto do ato expropriatório e seu objetivo ou conteúdo; no segundo caso, tal relação, tendo existido, desapareceu, de

que dispõe sobre as desapropriações de que trata o Decreto nº 2.201, de 23 de dezembro de 1937, as quais, conforme está na ementa deste, se destinam à ampliação das instalações da Aviação Naval, na parte ocidental da Ilha do Governador. Aquele Decreto-Lei visou, como deixa claro nos seus considerandos, a pôr termo aos litígios surgidos em torno das desapropriações, em virtude de obstáculos à ação do Estado, criados pelos ocupantes dos terrenos, bem como da circunstância de que o domínio particular sobre os mesmos não estava sendo provado senão de forma indireta. Por isso mesmo, nos seus nove artigos, o texto legal apenas trata do meio de comprovação do domínio e da forma de pagamento da indenização. Assim é que dispõe, no art. 2º, que, não tendo sido apresentados, na forma prevista no art. 1º, os títulos em que se funda o domínio, ou não reconhecidos pela Comissão como legítimos, a União se investirá, "ipso facto", no domínio e na posse dos terrenos. E no art. 7º estabelece que "não caberá ação reivindicatória do domínio em consequência do disposto no art. 2º." Assim, a regra que, em 1939, inquestionavelmente tivera efeito singular e concreto, em 1941 foi, sem o devido cuidado, transformada em norma geral.

forma que á a finalidade em função da qual a norma jurídica – no caso, a do art. 153, § 22 da E.C. 1/69. – estabeleceu aquela relação, que não é alcançada. Por isso mesmo, não há irregularidade alguma no plano da validade, mas sim, no da eficácia.

Não sendo realizada a finalidade da desapropriação, não se justifica a permanência dos seus efeitos: a aquisição, da um lado e a perda da propriedade, de outro. O meio jurídico para desfazer-se estes efeitos e de reconhecer ao expropriado a pretensão reivindicatória, é conceber a propriedade adquirida pelo Poder Público como propriedade resolúvel, tal como delineada no Código Civil (art. 647).

A idéia, que não é nova, aparece, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, sendo negada por uns e afirmada por outros; mas as razões invocadas pelos primeiros não convencem.

Assim, ao ver de Alfredo de Almeida Paiva, no comentário já referido, a desapropriação não se subordina a qualquer condição resolutiva, porque a tanto não se equipara a obrigação que o Código Civil impõe ao poder desapropriante de oferecer ao ex-proprietário o imóvel desapropriado, caso não lhe pretenda dar o destino para que o desapropriou.

A esta conclusão há de se objetar que, tendo em vista a natureza constitucional do instituto da desapropriação, não é da lei civil, mas sim da própria Constituição que se extraem os elementos para a sua configuração jurídica. Embora a lei ordinária explicita conceitos constitucionais e seja legítimo, por isso, buscar nela o conteúdo de institutos dos quais a Constituição apenas estabeleceu os contornos, não é, evidentemente, tão só a partir de um dos efeitos por ela atribuídos ao instituto que se poderá deduzir sua conformação jurídica-positiva.

Ebert Chamoun incorre no mesmo equívoco de tomar o Código Civil como premissa de seu raciocínio, porquanto argumenta que, "se o dever do expropriante se limita a um oferecimento que, de resto, o expropriado pode não aceitar, a desapropriação não se resolve "ipso jure" com a simples circunstância de não destinação da coisa aos propósitos dela, o que vale dizer que, por essa razão, nem o expropriante perde o seu domínio nem o expropriado o adquire. Sua propriedade, sob este ponto de vista, é pura, não é resolúvel" (RDP, vol. 8, p. 24).

Whitaker também nega que a retrocessão seja efeito de uma condição resolutiva, fundado em que esta, por definição, sendo uma cláusula que resulta da vontade das partes e subordina o efeito do ato jurídico a evento futuro e incerto, não poderia aparecer num ato forçado e não voluntário, como é a retrocessão. ("Desapropriação", S. Paulo, 1941, pág. 75).

Todavia, com os olhos voltados apenas para o art. 117 do Código Civil, segundo o qual "não se considera condição a cláusula que não deriva exclusiva-

mente da vontade das partes", não atentou o autor para a "conditio juris", que também existe, e que deriva diretamente da lei.

Seabra Fagundas é quem, magistralmente, defende a concepção que vê a propriedade adquirida em virtude de desapropriação, como sendo resolúvel.

No já citado trabalho "Da contribuição do Código Civil para o Direito Administrativo" (RDA, vol. 78 1 a 25), após criticar a aplicação literal do art. 1.150 do Código Civil pelos tribunais, sem qualquer articulação com outras regras do direito escrito ou com princípios peculiares do Direito Público, como seria de fazer para adequá-lo devidamente à natureza do instituto da desapropriação, escreve:

"A Constituição vigente (como a de 1891, sob cuja vigência foi promulgado o Código Civil, e as de 1934 e 1937, que a este sucederam) faz do expropriamento uma exceção ao direito de propriedade, condicionando-o sempre à ocorrência de interesse público (necessidade ou utilidade pública, ou interesse social).

A causa desse direito excepcional do Estado contra o indivíduo está, por conseguinte, no interesse público em dispor de certos bens. Somente a ocorrência dessa causa tem força para autorizar o Estado à tomada de coisa de propriedade individual, para incorporá-la ao seu patrimônio (necessidade ou utilidade pública, e interesse social) ou transferi-la a terceiro (interesse social). **De sorte que se há de ter sempre o domínio do Estado, em qualquer caso de desapropriação, como resolúvel, porquanto sujeito à condição do emprego da coisa na finalidade para a qual foi ela expropriada.** O indivíduo perde o domínio, sem dúvida, mas este se resolve, automaticamente, em seu favor, desde o momento em que se verifica, de modo inaquívoco, que a coisa teve destino de interesse privado e não público. A constatação da inoportunidade de causa essencial para legitimar a tomada do bem, faz restaurar-se o domínio do ex-proprietário, o qual, indo a juízo, vai reivindicar a volta do mesmo ao seu poder, porque ilagitimamente apropriado por terceiro. É óbvio que somente assim se entendendo, tem sentido e garantia constitucional do art. 141, 16º parágrafo. E não se compadece com nenhum critério exegético a interpretação que, sob o pretexto de entrosar-se com a sistemática da lei civil, frustra, definitivamente, um direito instituído pela Constituição" (grifo nosso).

A condição resolutiva a que se subordina o domínio do Poder Público é uma "conditio juris", porquanto integra o suporte fático constitucional da desapropriação no que diz com os efeitos dela. Noutras palavras, o emprego do bem em finalidade de interesse público – o próprio fim do ato aparece como pressuposto constitucional de eficácia da desapropriação. Não é sanção para possibilitar o emprego do bem na satisfação da necessidade ou utilidade pública ou do interesse social que o Poder Público pode privar o cidadão da sua propriedade, adquirindo-a para si mesmo. Por isso é que pressuposto e fim do ato, na desapropriação, praticamente se identificam.

Esta idéia está expressa em acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, no qual se afirma que a oferta prevista no artigo 1150 do Código Civil "se torna obrigatória quando o fim da desapropriação não foi cumprido, porque a razão de ser do ato estava em sua própria destinação", (grifo nosso). (Embargos Infringentes nº 62.397, in RDA, V 40/296).

Embora de natureza diversa, a conditio juris tem os mesmos efeitos que a condição propriamente dita, fazendo cessar, quando resolutive, os efeitos do ato. Não é, portanto, a desapropriação que se desfaz, mas sim, os seus efeitos aquisitivo e extintivo da propriedade.

O não emprego do bem em finalidade de interesse público determina a resolução do domínio do Poder Público e o ressurgimento dele para o expropriado que, por isso, é titular de pretensão reivindicatória para reavê-lo de quem quer que o possua, seja o próprio Poder Público, seja terceiro adquirente. Incide integralmente a regra do art. 647 do Código Civil, "in verbis": "Resolvido o domínio pelo implemento da condição resolutive ou pelo advento do termo, entendem-se também resolvidos os direitos reais concedidos na sua pendência, e o proprietário em cujo favor se opera a resolução, pode reivindicar a coisa do poder de quem a detenha".

Esta concepção, que deflui diretamente da Constituição e através da qual sobrevive a retrocessão no sistema jurídico brasileiro, não encontra qualquer obstáculo no direito positivo infra-constitucional.

Encarando-se no preceito do art. 1150 do Código Civil sua raiz constitucional e não a rubrica sob a qual está formulado (TJSP, RDA, vol. 40/294) **há de se ver nele um efeito decorrente da resolução do domínio e não fonte de obrigação.** O Poder Público não tem, por força dele, um dever de oferecimento de natureza obrigacional, como o tem o comprador, em virtude do art. 1149, se no contrato de compra e venda foi inserida cláusula de preempção ou preferência. **Tem, isto sim, um dever de restituição de posse, por ter cessado o domínio, que era o seu título.** E o proprietário, por sua vez, há de restituir o valor da indenização recebida, por ter desaparecido a causa do pagamento efetuado pelo Poder Público como adiante se verá.

5. Exercício do direito de retrocessão.

A) Determinação do momento a partir do qual o direito pode ser exercido.

O exercício do direito de retrocessão, independentemente da concepção adotada quanto à sua natureza, oferece séria dificuldade, originada da circunstância de inexistir previsão legal no tocante ao prazo da Administração Pública para a destinação do bem à finalidade para que fora desapropriado.

Em qualquer caso, com efeito, dado que o direito do expropriado somente surge na hipótese de não destinação do bem a finalidade pública, a determinação

do momento, a partir do qual se considera não haver tal destinação, assume especial relevo.

Evidentemente, o problema deixa de existir quando o Poder desapropriante desde logo emprega o bem em finalidade de interesse privado. É também facilmente superável, reduzindo-se a uma questão de prova a cargo do proprietário, sempre que o Poder Público, praticando atos incompatíveis com a utilização do bem em finalidade pública, revela sua intenção de não cumprir os fins da desapropriação.

Todavia, o desapropriante pode não fazer nem uma, nem outra coisa, permanecendo simplesmente inerte. Esta inércia, prolongando-se indefinidamente no tempo, tolhe, para o desapropriado, a possibilidade de demandar o bem.

Para obviar o problema, invoca Seabra Fagundes, por analogia, o prazo de cinco anos estipulado no art. 10 do Decreto 3.365/41 para a caducidade da declaração de utilidade pública, uma vez que nesta, à semelhança do que ocorre na retrocessão, pressupõe-se a desistência do emprego do bem pela Administração Pública. Além disso, pondera o mestre que os dois institutos se confundem ainda quanto aos seus efeitos, pois ambos, em última análise, desoneram o bem do sacrifício que lhe fora imposto em nome do interesse público (Seabra Fagundes, op. cit. pag 398).

Não obstante tais semelhanças, a caducidade e a retrocessão apresentam importantes diferenças, as quais, a nosso ver, impedem se aplique a esta, por analogia, a regra jurídica que dispõe sobre aquela.

Com efeito, como o único pressuposto da declaração de utilidade pública é a existência de um dos casos definidos na lei como de interesse público, ou este existe e a Administração, após a declaração, pratica todos os demais atos necessários à efetivação da desapropriação, ou não existe e nada justifica que perdure, indefinidamente, o estado de incerteza gerado para o titular do direito em decorrência de uma precipitada declaração de utilidade pública.

Diversa é a situação quando se cogita do efetivo emprego do bem desapropriado, pois aí intervêm outros fatores que à Administração, e somente a ela, compete levar em conta, particularmente no que diz respeito ao momento mais conveniente e oportuno de dispor do bem. Pode ocorrer que os recursos destinados a cobrir as despesas com a realização da obra ou do serviço a que se destina o bem desapropriado devam, também por imperativo de interesse público, ser empregados em finalidade diversa. A efetiva utilização do bem pode legitimamente ser protelada em função da superveniência de outras necessidades que, dadas as circunstâncias, devam ser atendidas com prioridade.

A previsão legal de um prazo dentro do qual a Administração fosse obrigada e utilizar o bem sob pena de perdê-lo, poderia vir em detrimento de uma boa administração. Aferir a conveniência de, em determinado momento, realizar esta ou aquela obra, é função típica, estritamente administrativa que só o Poder Executivo pode exercer, tendo em conta os recursos disponíveis e a visão da conjunto das necessidades a serem satisfeitas.

É exatamente em consideração desta ordem que tem respaldo o entendimento, segundo o qual o emprego do bem em finalidade pública diversa daquela que ensejou a desapropriação (re-destinação) não desatende aos fins da desapropriação e não dá lugar, por isso, à retrocessão.

A multiplicidade de tarefas que incumbem à Administração, de um lado e a limitação dos recursos de que dispõe, de outro, não autorizam a presunção de que, decorrido certo prazo, a Administração heja desistido de dispor do bem.

Perece-nos que a omissão do Poder Público em destinar o bem a finalidade pública deva ser averiguada caso a caso. Como escreve Pontes de Miranda, "antes do quinquênio pode manifestar-se a violação de destino e após ele pode ainda não se ter produzido", continuando, em seguida: "... houve, ou não houve a destinação, que é ato feto. Tem-se de afirmar e provar que não houve; se a obra ainda está a executar-se, ou vai executar-se, e ainda não chegou o momento da utilização, é prematuro saber-se se lhe desviou o destino. À simples propositura da ação ou à interpelação, o desapropriante há de mostrar que o bem está a espera da utilização, segundo os planos, ou que só o utilizou em parte, caso em que se reconhece o direito à reaquisição do resto, ou renunciou aos planos, ou não mais precisa, para os levar a cabo, do bem que se desapropriara. No direito brasileiro, não há, nem é preciso que haja, declaração de abandono de plano, de cessação da necessidade, ou de não utilização, ou de cessação de interesse social, como pressuposto da reaquisição. Se tal declaração ou enunciado de fato ocorre, é "plus" (Pontes de Miranda, op. cit., vol. cit., pág. 174).

Assim sendo, tem-se duas hipóteses.

1 - Se o Poder Público aplicar o bem em finalidade que não seja de interesse público sem prévio "oferecimento" ao ex-proprietário, nesta exato momento terá nascido o direito à retrocessão, dotado de pretensão e ação reivindicatória. Estas, em virtude de sua eficácia real, se sujeitam ao prazo prescricional comum de dez anos, previsto no artigo 177 do Código Civil para as ações desta natureza.

2 - Se o Poder Público não oratava nem tencionava praticar qualquer ato de disposição quanto ao bem, o proprietário poderá legitimamente interpelá-lo e, conforme o caso e as provas de que dispuser, intentar a ação reivindicatória. Neste momento ter-se-á resolvido o domínio, pois nada impede que, à semelhança da condição resolutiva tácita, a "conditio juris" opere mediante interpelação judicial (Código Civil, art. 119, parágrafo único).

Cumpra-se notar que a tentativa de aplicar o regramento do Código Civil no caso de inércia do Poder Público, revele, uma vez mais, a deficiência de solução jurídica ali adotada. Com a atenção voltada apenas para a matéria que forma o conteúdo principal de Seção do Código em que foi inserto o preceito do art. 1.150, o legislador parece pressupor que o não emprego do bem no destino para que fora desapropriado, somente se configura quando o desapropriante o aliena, mediante compra e venda. Ou isto é verdade, ou a regra do art. 1.156, que prevê a responsabilidade do comprador por perdas a denos, se ao vendedor não der ciência do preço e das vantagens que lhe oferecem pela coisa, não se aplica à desapropriação e o preceito do art. 1.150 é destituído de sanção.

B) Valor a ser prestado pelo ex-proprietário.

A não destinação do bem à finalidade pública opera a resolução do domínio do Poder Público e o ressurgimento dele para o ex-proprietário. Desaparece, desta forma, a causa da indenização por aquela perda a este.

Noutras palavras, assim como, do ponto de vista constitucional, não se justifica a permanência do bem em poder do desapropriante quando este não lhe dá destino de direito público, não se justifica que permaneça, no patrimônio do expropriado, o valor pago a título de indenização pela perda da propriedade, quando tal perda deixou de existir.

O dever de prestar o valor recebido a título de indenização surge, portanto, em virtude do desaparecimento da causa do pagamento efetuado pelo Poder Público e não, como se poderia pensar, por força de um suposto desfazimento da desapropriação e para restituir o "status quo ante".

Com efeito, não se há de confundir o modo de aquisição do direito com o direito adquirido: este e não aquele (no caso, a desapropriação) é que se resolve, "ex nunc". Não há qualquer retroatividade, pois como diz Pontes de Miranda na linguagem expressiva que lhe é peculiar, em comentário ao art. 647 do Código Civil, "... o sistema jurídico brasileiro não concebeu propriedade que seja de A e passa a não ter sido de A; o que ele concebeu foi a superposição de propriedades, no tempo..." (op. cit., Tomo V, p. 120).

Nada, por conseguinte, se desfaz no passado, mas, ao invés, cessa de existir no futuro. Ou seja, como já se afirmou antes, apenas os efeitos da desapropriação cessam, desde o momento em que se verifica a não aplicação do bem em finalidade de interesse público.

Nestes termos colocada a questão, dos pressupostos enunciados poder-se-ia logicamente deduzir que o "quantum" a ser prestado pelo desapropriado devesse corresponder ao valor do bem no momento da resolução do domínio.

Todavia, a tal entendimento se opõe a regra do artigo 1.150 do Código Civil, que determina seja o bem oferecido ao ex-proprietário pelo valor que este recebera a título da indenização, isto é, na deficiente terminologia do Código, o "preço" pelo qual o bem fora desapropriado.

Esta regra está perfeitamente adequada ao espírito da garantia constitucional da propriedade, pois não seria de admitir-se, sobretudo em se tratando de imóveis, que a valorização do bem se incorporasse ao patrimônio público à custa do patrimônio do desapropriado. Tal situação propiciaria, em última instância, a especulação imobiliária pelo próprio Poder Público.

A eficácia e efetividade que aqui reconhecemos ao artigo 1.150 não se choca com o entendimento que antes manifestamos acerca do mesmo artigo. A este propósito, cumpre enfatizar que não lhe negamos, nem vigência, nem aplicabilidade, mas apenas sugerimos uma forma de interpretação, a única compatível com o texto constitucional e que consiste em ver nele, não fonte de obrigação, mas reconhecimento de efeito de fato jurídico (*lato sensu*) anterior – a resolução do domínio.

6. CONCLUSÃO

O exame das normas vigentes que, no plano infraconstitucional, disciplinam o direito do desapropriado em face da inexistência de interesse público e da não destinação do bem no interesse coletivo revela a necessidade de uma interpretação sistemática e construtiva do ordenamento jurídico positivo, sob pena de se ter de concluir pela inconstitucionalidade de algumas daquelas regras.

A adaptação que, no primeiro caso, doutrina e jurisprudência fizeram daquelas regras, reconhecendo, não obstante a letra do artigo 9º do Decreto-Lei 3.365, possa a questão da inexistência do interesse público ser suscitada no curso mesmo do processo expropriatório, não foi acompanhada da adaptação que, no segundo caso, pelas mesmas razões, se faz necessária.

Com efeito, visualizada a questão do ângulo da garantia constitucional do direito de propriedade, tão insustentável quanto a perda do domínio sem ser por causa de interesse público, é sua perda sem que seja para o fim de seu emprego na satisfação do interesse público.

Assim como se entende, seja com a corrente dominante, que o juiz da desapropriação pode decidir sobre a existência do interesse público, seja com Seabra Fagundes, que a proibição de reivindicação dos bens incorporados à Fazenda Pública não incide quando a pretensão se funda na inexistência ou no desaparecimento do interesse público, há de se entender também que a retrocessão sobrevive no direito brasileiro como direito de natureza real.

Com esta característica é o instituto encontrado no direito comparado. A legislação de países como a França, Itália, Espanha, Portugal, contempla o direito de retrocessão, regulando minuciosamente sua forma e condições de exercício no mesmo diploma que dispõe sobre a desapropriação.

A omissão do direito brasileiro em não disciplinar o instituto pode ser suprida, bem como a inconstitucionalidade ser superada, se se conceber a propriedade adquirida pelo Poder Público através da desapropriação, como sendo resolúvel. Se tal concepção, de "jure condendo", não é a melhor, é a única possível, de "jure condito".