

RETROCESSÃO — PRAZO DE PRESCRIÇÃO *

GILMAR FERREIRA MENDES

Procurador da República

PARECER

1. Trata-se de ação ordinária de retrocessão proposta pelos ora recorridos contra a Prefeitura Municipal de Canela. O MM. Juiz de 1.º grau, reconhecendo a incidência da prescrição quinquenal (Dec. 20.910/32), declarou extinto o processo (fl. 73/75).

2. Apiciando a apelação interposta, a 3.ª Câmara Cível do TJRS, por unanimidade (fls. 109/124), deu-lhe provimento sob os fundamentos constantes do voto do eminente Rel. Des. Galeno de Lacerda, verbis:

"Afasto, inicialmente, o argumento da inexistência do instituto da retrocessão em nosso Direito, argumento baseado no art. 35 da Lei das Desapropriações: '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'.

"Contra essa tese, e em favor da existência da retrocessão, que não se confunde com reivindicação, a interpretação de Costa Manso se afigura definitiva: 'O pensamento do legislador foi, por certo, evitar a retomada de coisas já empregadas em obra ou serviço de utilidade pública. A impossibilidade de se efetuar a devolução em espécie justificaria a substituição da coisa pelo seu valor, mais perdas e danos. Sim, porque, interpretado literalmente, o dispositivo será inconstitucional e até incompatível com a natureza da desapropriação. Permitiria, por exemplo, que o expropriante conservasse no seu patrimônio bens não destinados a um fim de utilidade pública, quando este requisito é formalmente exigido por todas as Constituições, inclusive a Carta de 1937, sob cujo império foi elaborado o Dec. lei 3.365 (...). A nulidade do processo, de seu lado, não pode impedir a devolução em espécie, pois um processo nulo não produz o efeito de transferir validamente a propriedade. E se não há transferência válida, é claro que a coisa não se incorpora à Fazenda Pública' (Parecer, 11.2.51, RT 229/31). Superada essa questão, de acordo, aliás, com o entendimento hoje quase unânime da doutrina e da jurisprudência, cumpre tomar partido na controvérsia acirrada sobre a natureza da retrocessão, se direito real ou pessoal, a fim de decidir se, na espécie, está ou não prescrita a ação proposta.

"Depois de profunda análise dos argumentos de ambas as correntes, não hesito em filiar-me à que sustenta o caráter real do instituto. Dentre os vários autores partidários da tese, José Carlos de Moraes Salles, em alentado e recente trabalho sobre a desapropriação, foi quem, a meu ver, soube expô-la de modo mais convincente. Diz ele: '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 § 22 do art. 153 da CF, uma vez que este dispositivo 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 manifestamente inconstitucional, ensejando a retrocessão do bem expropriado.

* V. Ac. em RE 104.591-4, neste volume, p. 256.

"Com efeito, como assinala Hélio Moraes de Siqueira (*A Retrocessão nas Desapropriações*, p. 77), 'não é na lei civil que se encontra o fundamento da retrocessão. Ali 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 sustém'. Depois de afastar o paralelo traçado por alguns autores entre retrocessão e condição resolutiva da desapropriação, por desvio de finalidade, prossegue José Carlos de Moraes Salles:

"Vale, entretanto, lembrar aqui a lição de Firmino Whitaker (*Desapropriação*, 2.ª ed., pp. 102-3) a respeito da retrocessão, ao afirmar que 'este direito não se confunde com o de reivindicação, porque só reivindica o que tem domínio sobre a coisa possuída injustamente por outro; e na desapropriação, o proprietário perde o domínio sendo legítima a posse do adquirente. Não é efeito, também, de uma condição resolutiva, porque condição é cláusula que resulta da vontade das partes e subordina o efeito do ato jurídico a evento futuro e incerto (CC, arts. 114-117)'.

"Entendemos, entretanto, que não será preciso recorrer a esse artifício para justificar a retrocessão. Esta, como dissemos, decorre do próprio descumprimento das finalidades da desapropriação e está implícita na Carta Magna do País.

"Desobedecido o fim do ato declaratório de utilidade pública ou de interesse social, não há mais razão para o bem permanecer em poder e sob o domínio do expropriante. Deve este oferecer o bem ao ex-proprietário, para que o mesmo o reincorpore ao seu patrimônio, mediante devolução do preço recebido na expropriação. 'Se este oferecimento não se der, terá o ex-proprietário a competente ação de retrocessão para valer seus direitos'.

"Nem há lugar para a polêmica que se formou a respeito da possibilidade ou não de o ex-proprietário reivindicar o bem. Ação reivindicatória ele não teria, realmente, porque, com a desapropriação, perdeu o domínio. Todavia, tem ação de retrocessão para pleitear a reincorporação do bem ao seu patrimônio" (*A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*, 1980, pp. 713-5, n. 6.2).

"J. Oliveira e Cruz definiu de modo sintético e perfeito a natureza real da retrocessão, com estas palavras: 'A retrocessão tem, indiscutivelmente, uma feição real porque significa um direito que só se desliga do imóvel quando preenchidos os fins determinantes da desapropriação'. E adiante, distinguindo-a da preempção, que é direito pessoal, continua: 'A retrocessão é, ao contrário, um direito real, dada a sua incidência sobre a coisa desapropriada, direito que deriva, não de cláusula contratual, mas da lei. É um instituto para se classificar entre as matérias de ordem pública'. O instituto da retrocessão representa uma garantia que, em face do princípio constitucional vigente, não pode ser ignorada ou admitida, apenas, na forma preceituada pelo art. 1.150 do CC" (*Da Desapropriação*, cit. pp. 120-1).

"Seabra Fagundes cita um voto proferido pelo insigne Eduardo Espínola, no RE 1.186 (AJ, 25.20), sublinhando o aspecto real do direito: 'Surge para o ex-proprietário (diz o voto interpretando o art. 1.150) o direito de reaver o imóvel restituindo o preço, se o imóvel não for aplicado a fim de utilidade pública. Se a todo o direito corresponde uma ação que o assegure (art. 76, CC), é claro que nesse caso terá ele ação para que se lhe faça a restituição'" (*Da Desapropriação no Direito Brasileiro*, 2.ª ed., 1949, p. 402, n. 492).

"Eurico Sodré, da mesma forma, faz incidir o direito sobre a coisa: 'Retrocessão — ninguém nega — é o direito do ex-proprietário de reaver a coisa não utilizada no fim, para o qual lhe foi desapropriada'" (*A Desapropriação*, cit., p. 214, n. 555).

"Entre os civilistas, Orlando Gomes chega ao extremo de afirmar que, na retrocessão, 'o ex-proprietário tem ação para exigir o bem do terceiro que o houver adquirido', tornando, assim, ainda mais expressiva a característica real do instituto" (*Contratos*, 7.ª ed., p. 314, n. 198).

"Além desses mestres eminentes, consideram-na, ainda, direito real, outros de igual quilate: Washington de Barros Monteiro (*Direito das Obrigações*, 2/121, 1956), Vicente Ráo (*O Direito e a Vida dos Direitos*, 1958, p. 390) e Octavio Meira, em notável tese de concurso (*Do Direito de Desapropriação*, Pará, 1934, p. 104).

"O Segundo grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça de São Paulo, em acórdão unânime, relatado pelo exímio jurista José Frederico Marques, afinou pelo mesmo diapasão. Depois de acentuar a natureza constitucional do tema, proclama o aresto: 'Vê-se, pois, que a retrocessão é inassimilável ao direito pessoal de preempção'. E, na ementa: 'A retrocessão não está banida do nosso Direito, por ser corolário da garantia constitucional do direito de propriedade'" (*RDA* 40/293, e *RT* 229/121).

"Definido, portanto, o caráter real da ação de retrocessão, inaplicável se faz a prescrição quinquenal estatuída pelo Dec. 20.910, de 6.1.32, pois, segundo jurisprudência uniforme,

inclusive da Corte Suprema, esse diploma não se estende às ações reais. Assim sendo, incide na espécie o disposto no art. 177 do CC: o lapso prescricional é de dez anos entre presentes, e de quinze entre ausentes, prevalecendo no caso este último prazo.

"A sentença considerou como termo inicial, característico do desvio de finalidade do imóvel expropriado, à data de 13.9.67, em que ele reverteu ao patrimônio do Município, em virtude da desistência da CEEE, beneficiária da expropriação, em edificar a projetada escola. Mesmo nesta perspectiva, interrompida a prescrição em 3.4.78, e proposta a demanda em 22.8.81, não decorrerá, ainda, o prazo fatal.

"Ocorre, porém, que o julgado se equivoca quanto ao início do prazo. Neste particular, assiste razão aos apelantes quando dizem que a simples devolução do imóvel ao Município não configurou desvio de finalidade da desapropriação, pois poderia ele cumprir diretamente os objetivos visados pelo decreto expropriatório. Esse desvio, na verdade, só se verificou a 15.1.71, quando o Município doou parte do imóvel a terceiro, para a construção de um motel. Somente daí — dizem os autores, com acerto — poderia começar a fluir o prazo prescricional de direito comum, validamente interrompido em 3.4.78'.

"Como definiu com admirável acuidade o Min. Eloy José da Rocha, em acórdão do Supremo "o princípio é de que existirá o direito do expropriado, quando, com a reintegração da coisa desapropriada na classe das coisas privadas, se operar desqualificação da utilidade pública" (RTJ, 57/54).

"Essa desqualificação e privatização ocorreu, na espécie, com a primeira doação a entidade privada, para construir um motel, em 15.1.71, data do registro da respectiva escritura (fl. 19). Como decidiu a Corte Suprema, a prescrição da ação de retrocessão começa a correr desde o momento em que o expropriante abandona, inequivocamente, o propósito de dar, ao imóvel, a destinação expressa na declaração de utilidade pública" (RDA, 69/200). E esse abandono inequívoco só ocorreu com a aludida doação.

"Indiscutível, pois, que a ação proposta não está prescrita. Mesmo que considerada pessoal, o que vai só para argumentar, apenas estaria prescrita a retrocessão relativa a 47.146,80m², área objeto daquela doação. Como o todo desapropriado atingiu a 279.588m², a prescrição não atingiria a maior parte do imóvel em causa, pois as demais doações foram realizadas a partir de 1976 (a interpelação é de 3.4.78). Em face, porém, da natureza real da demanda, tenho como não prescrita a totalidade da ação, motivo por que dou provimento ao apelo para, cassando a sentença que deu indevidamente por aquele fato extinto, determinar a volta do processo à origem, com vistas ao julgamento final de mérito".

3. Irresignada, manifestou a recorrente o apelo extremo ao abrigo das alíneas "a" e "d" do permissivo constitucional. A fundamentar o recurso extraordinário, alinhou, em resumo, os seguintes argumentos:

a) tendo a Companhia Estadual de Energia diligenciado a devolução do imóvel à recorrente em 13.9.67, fazia-se mister que o prazo prescricional tivesse como termo a quo a data referida, a teor do disposto no art. 1.º, do Dec. 20.910/32, ou até mesmo no art. 177 do Código Civil;

b) ao estabelecer como data inicial para contagem do prazo prescricional as datas das alienações subseqüentes, realizadas a partir de 1971, a v. decisão recorrida negou vigência tanto ao disposto nos arts. 1.º e 9.º, do Dec. 20.910/32, quanto ao preceituado no art. 177, do Código Civil;

c) o v. acórdão recorrido negou vigência, igualmente, ao art. 1.º do Dec. 20.910/32 ao aplicar à retrocessão prazo prescricional de 10 ou 15 anos, ao invés daquele aplicável às pretensões contra a Fazenda Pública (cinco anos);

d) ao afirmar a natureza real da ação de retrocessão o v. aresto recorrido divergiu, fundamentalmente, das decisões do STF nos RE 39.081, Rel. Min. Luiz Gallotti, RDA 61/160; RE 93.073, Rel. Min. Cunha Peixoto, RDA 145/172; RE 18.771, Rel. Min. Nelson Hungria, RF 144/131; RE 24.190, Rel. Min. Antônio Villas Bôas, RTJ 3/784;

e) da mesma forma, e pelo mesmo fundamento, a v. decisão do Tribunal a quo mostra-se em divergência com julgados do TFR na Ap. Cív. 15.710, Rel. Min. Aguiar Dias, RF 209/149, e pelo TJP, na Ap. Cív. 4947, RT 249/453;

f) também no que concerne à fixação do prazo prescricional, o v. acórdão recorrido discrepou de decisões proferidas pelo STF no RE 42.214 (RT 312/705) e 45.437 (RDA 69/200), Rel. Min. Gonçalves de Oliveira; pelo TJSP, na Ap. Cív. 23.722, RTJSP, (Lex) 78/198; pelo 2.º TACívSP na Ap. Cív. 95.176, RT 551/143.

4. O recurso foi admitido ao abrigo da alínea "d" do permissivo constitucional pelo despacho de fls. 146/148.

5. O apelo não merece prosperar.

6. A retrocessão tem-se constituído autêntica *vexata quaestio* do Direito brasileiro. Não são poucos os doutrinadores pátrios que sustentam tese segundo a qual a retrocessão dá ensejo tão-somente à pretensão de natureza pessoal ou obrigacional, nos termos do art. 1.150 conjugado como disposto no art. 1.156, do CC. Aduz-se, em reforço desse entendimento, que a Lei Geral da Desapropriação tornou inviável a reaqusição da coisa pelo expropriado, ao estabelecer, no seu art. 35, 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". Dessa opinião parecem compartilhar, fundamentalmente, dentre outros, Clóvis Beviláqua (Comentários ao Código Civil dos E.U. do Brasil, 1946, v. IV, p. 318), Guimarães Menegale (Direito Administrativo e Ciência da Administração, 1950, v. II, p. 128), Ebert Chamoun (Da Retrocessão nas Desapropriações, 1959, p. 45), Caio Mário da Silva Pereira (Instituto de Direito Civil, 1975, v. III, p. 190), Múcio de Campos Maia ("Ensaio sobre a retrocessão", in RDA 48/10-11), Hely Lopes Meirelles (Direito Administrativo Brasileiro, 1984, pp. 522-3), e Celso Antônio Bandeira de Mello (Elementos de Direito Administrativo, 1980, pp. 207-10).

7. A posição adotada por significativa parcela dessa corrente doutrinária parece resultar da aparente assimilação entre institutos da retrocessão e da preferência, operada em nosso Direito com a aprovação da proposta introduzida pela Comissão do Governo no Anteprojeto de Clóvis Beviláqua (ob. cit., p. 317; Hélio Moraes de Siqueira, A Retrocessão nas Desapropriações, 1964, p. 63). Destarte, atribui-se à desapropriação as características de uma venda forçada, afirmando-se a natureza pessoal da retrocessão fundada na semelhança com a preempção convencional.

8. A apontada similitude entre a retrocessão e a preempção em nosso sistema jurídico foi examinada com proficiência por Eurico Sodré, que traçou de forma inconfundível, a distinção entre aqueles institutos, como se constata, in verbis:

"A retrocessão e a preempção se se aproximam no caráter comum de recuperação da coisa desapropriada ou vendida, distanciam-se em caracteres outros, peculiares a cada qual. Divergem quanto à configuração original: a retrocessão é um direito que nasce do ato unilateral do expropriante, de não dar à coisa desapropriada um destino de utilidade pública; a preempção nasce de um contrato sinalagnático, em que ficou assegurado ao vendedor o direito de preferência para recomprar. Na primeira, uma expectativa ou aleatoriedade, pois que depende do procedimento do expropriante: na segunda, um ajuste solene, oriundo de contrato. Naquela, uma situação administrativa; nesta, uma situação obrigacional, civil.

"Divergem, também, em suas conseqüências: na preempção, se o preferente não for atendido, resolverá seu direito por perdas e danos, segundo aliás dispõe o art. 1.156 do Código Civil. Na retrocessão, apurado devidamente o direito do retrocessionário, a execução se fará, como nas reivindicatórias, pela recuperação da posse e do domínio por via de sentença que a mande transcrever no Registro de Imóveis" (A Desapropriação, 1945, pp. 284-5).

9. Ligeiras considerações sobre o instituto da retrocessão em outros sistemas jurídicos parecem demonstrar que a preempção legal constitui, em verdade, simples forma de exercício do direito de reaqusição, residindo o seu fundamento na própria norma que assegura o direito de propriedade e disciplina a desapropriação. Tecendo considerações sobre o direito de reaqusição do bem expropriado, ensina Otto Mayer, que, embora não seja admissível a revogação de pleno direito do ato expropriatório, há duas formas básicas para a reaqusição do bem expropriado: a) através do exercício do direito legal de preferência, nos termos das regras ordinárias do direito civil (§§ 1.094 e ss., relativos ao direito subjetivo real de preferência), ou b) mediante o exercício de direito de reaqusição ou de "reexpropriação" (Wiedererteignungsrecht).

10. No dizer de Mayer, "se trata del derecho de hacer revocar la expropriação; esto entra, pues, en la esfera de esta institución y pertenece, como ella, al dominio del derecho público; Esto supone que el inmueble expropriado no se emplea en realidad para la empresa pública. El derecho pertenece al expropriado o a aquel que ocupa su lugar en el sentido que acabamos de exponer" (Ob. cit., pp. 87-8). O emérito administrativista germânico observa que, para alguns autores como G. Meyer (Rech der Expropriation) e G. F. Grünhut (Enteignungsrecht), o direito de reaqusição está implícito no próprio instituto da desapropriação, não sendo obrigatória a sua previsão em lei específica ("Ese derecho de repetición resulta de la expropriação misma; en consecuencia, no necessita ser reconocida expresamente por la legislación particular") (ob. cit., p. 87, nota 48).

11. Não parece dissentir dessa orientação o mestre argentino José Canasi, ao afirmar que, estando os pressupostos da desapropriação fixados na Constituição, adquire o instituto da retrocessão uma implícita hierarquia constitucional (**Derecho administrativo**, 1977, v. IV, pp. 73-4). Particularmente elucidativas mostram-se as suas observações a propósito da disciplina do instituto na legislação argentina, *in verbis*:

"Si se admitiera que el derecho de retrocesión del bien expropiado, cuando el Estado no le diera a la cosa el destino establecido en la ley expropiatoria, se funda en la ley, y no en el art. 17 de la Constitución o en las disposiciones equivalentes de las constituciones provinciales, resultaría que en la orden nacional no procedería la retrocesión, por cuanto la ley 13.264 nada dice al respecto. En tal sentido, en el orden nacional podría darse al bien expropiado cualquier destino, lo que resultaría absurdo e inadmisiblemente, como lo demuestra también la reiterada jurisprudencia en ese sentido" (ob. cit., p. 78).

12. Anteriormente, Martín Wolf já havia sustentado que o direito de reaquisição decorre da adestinação ou do desaparecimento da causa da expropriação (**Derecho de Cosas**, 1970, p. 414). E, nesse sentido afiguram-se especialmente precisas as observações de Rafael Bielsa, *in verbis*:

"La retrocesión es consecuencia lógica de la falta de causa expropiadora. Si el Estado expropiador no afectase la obra o servicio, en cuya virtud expropia bienes, éstos no realzarían su objeto y quedarían en el patrimonio del Estado sin la función para la cual se privó de ellos al expropiado, en cuyo patrimonio llenaban a lo mejor una función económica, más eficiente. Justo es, pues, como lo disponía la ley 189, que vuelvan a ese patrimonio si el propietario lo pide.

"Desde luego, no es necesario que la ley establezca ese derecho, pues éste resulta virtual e implícito del hecho mismo de no existir utilidade pública. Si así no fuese quedaría en las manos del gobierno expropiar cualquier cosa, mediante planes ligeros e irreflexivos o falsos, y luego cambiar de opinión sobre la afectación de esos bienes y haber expropiado a un adversario político o por móvil de iniquidad. Ello permitiría los mayores abusos, sobre todo, por la práctica legislativa consistente en delegar en la autoridad administrativa la afectación mediante planos de la misma autoridad revocables *ad libitum*" (**Derecho Administrativo**, t. IV, p. 484).

13. Também no Direito brasileiro ilustrada corrente doutrinária perfilha o entendimento segundo o qual a retrocessão tem seu fundamento na própria norma constitucional que assegura o direito de propriedade e restringe a desapropriação às hipóteses de necessidade ou utilidade pública e de interesse social. Sustenta-se, nessa ordem de raciocínio, que, devendo a desapropriação ter como causa a necessidade ou utilidade pública e o interesse social, a verificação da ausência desses pressupostos afeta o próprio ato expropriatório, dando azo à reaquisição do bem (Eurico Sodré, **A desapropriação por necessidade ou utilidade pública**, 1945, p. 285; Seabra Fagundes, **Da desapropriação no Direito brasileiro**, 1949, pp. 395-7; Idem, "Da contribuição do Código Civil para o Direito Administrativo", in **RF** 209/12; Hélio Moraes de Siqueira, **A retrocessão nas desapropriações**, 1964, pp. 61 e 76-7; Vicente Ráo, **O direito e a vida dos direitos**, 1978, v. II, t. II, pp. 346-7; Agostinho Alvim, **Da compra, venda e troca**, 1961, pp. 189-91; Manoel Eugênio Marques Munhoz, "Tratamento jurídico da retrocessão", in **RDP** 11/71; José Carlos de Moraes Salles, **A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência**, 1980, pp. 713-4; Carlos Mário da Silva Velloso, "Da retrocessão nas desapropriações", in **Estudos Jurídicos em homenagem a Helly Lopes Meirelles**, 1985, p. 262).

14. Nesse sentido, observa Hélio Moraes de Siqueira que, embora inadequadamente disciplinada no Código Civil, a retrocessão tem o seu fundamento no próprio texto constitucional:

"A matéria é, evidentemente, de direito público constitucional e administrativo. A lei civil cogita do tema não só porque a propriedade nas suas relações privadas se vincula ao Código Civil, como também, ao que parece, pela precipitação do legislador que decidiu disciplinar a espécie ao tratar da preempção ou preferência. Aliás, como já vimos, a inadvertência do elaborador do Código Civil adquiriu contorno mais acentuado, por subordinar o preceito a capítulo absolutamente inadequado. Por isso é que não temos dúvidas em afirmar que as disposições relativas à preempção convencional, estabelecida no Código Civil, não se aplicam à retrocessão. Esta recebeu do legislador civil tão só a prescrição contida no artigo 1.150.

Entretanto, não é na lei civil que se encontra o fundamento da retrocessão. Ali 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 sustém. Mesmo se ausente o 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, ressaltada a desapropriação por utilidade e necessidade pública e de interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro" (ob. cit., pp. 76-7).

15. Compartilhando de idêntico entendimento, ressalta Agostinho Alvim que, admitir, em nosso direito, que o Poder Público pudesse não utilizar a coisa com finalidade pública, sem proceder à sua devolução, importaria em transformar a expropriação em simples **venda compulsória**:

"Nós não temos, em nosso direito, isto sim, o instituto da venda compulsória ao Poder Público.

"Temos a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, o que é diferente. Podia o legislador constituinte ter consagrado a venda compulsória ao Poder Público, a critério deste, mediante justo preço.

"Não se cogitaria de necessidade, ou utilidade pública, nem de fim especificado, mesmo porque o Estado poderia querer manter em segredo os seus intuítos.

"O Poder Público comprará sempre que entender, pagando o justo preço.

"A Constituição, porém, ou as Constituições que temos tido, desde a de 1824, o que têm admitido é a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, tendo a de 1946 acrescentado o interesse social (art. 141, § 16). Ora, é o próprio Estado que se autolimita, restringindo o seu poder, diante do indivíduo, de modo a justificar e tornar lícita a desapropriação somente na hipótese prevista na Constituição, sempre com especificação de fim, e nunca por meras conveniências econômicas, embora a questão do fim possa sofrer atenuação (ver, *infra*, n. 253).

"Assim sendo, se o Poder Público deixa de usar a coisa, demonstrando, com isso, não lhe ser necessária, ou se pretende vendê-la, a desapropriação perdeu a sua razão de ser. Suposto que não há venda compulsória, mas desapropriação, com a solene afirmação de que a coisa vai ser empregada no interesse público, admitir-se, depois disto, que o Poder Público possa voltar atrás, sem devolver a coisa, é transformar a desapropriação em venda compulsória, pura e simplesmente. Compro, e faço o que entender.

"Se o Poder Público puder, a posteriori, ficar com coisa, mesmo que se prove que a razão invocada desapareceu, por que motivo, então, exigiria a Constituição a declaração de motivos?

"Supunhamos que o Poder Público municipal, de um lugar qualquer, desapropria um imóvel, por necessidade pública.

"Todavia, alguns dias depois, achando quem lhe pague melhor preço, o expropriante vende o imóvel.

"Ou então procederá assim por perseguição política ao expropriado.

"Se este não estiver armado do direito à coisa, a imposição constitucional de somente se desapropriar quando houver necessidade ou utilidade pública ficará sem sanção.

Resultado: quando o Poder Público não tiver, para desapropriar, o motivo constitucional, alegará que o tem; desapropria, em seguida vende.

"Ora, o particular não está sujeito a vender compulsoriamente, e sim a sofrer desapropriação, em casos previstos na Lei Magna" (ob. cit., pp. 189-90).

16. Não parece subsistir dúvida de que a única orientação compatível com a disciplina do instituto da desapropriação no Direito Constitucional brasileiro é a que preconiza o **direito de reaquisição** da coisa pelo expropriado, nos casos de omissão inicial de causa de interesse público, de adestinação ou de trestinação do bem sem finalidade pública, atribuindo-se, assim, à ação de retrocessão **eficácia real**.

17. A própria jurisprudência do Excelso Pretório que, inicialmente, afirmara a natureza pessoal do direito de retrocessão, encaminha-se, firmemente, no sentido do reconhecimento do efetivo **direito de reaquisição** (RE 64.554, Rel. Min. Eloy da Rocha, RTJ 57/52; RE 81.151, Rel. Min. Antonio Neder, RTJ 80/139; RE 87.559, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 2.6.78; AR 1.098, Rel. Min. Soares Muñoz, RTJ 104/468).

18. Não obstante, cumpre notar que, mesmo no seio da corrente que defende, entre nós, a existência do **direito de reaquisição**, não há uniformidade de opinião quanto ao prazo a ser estabelecido para o exercício do referido direito. Alguns autores sustentam a possibilidade de o expropriado reivindicar o bem, caso se configurem os pressupostos da retrocessão, entendendo ser resolúvel o domínio do Estado sobre a coisa expropriada (Seabra Fagundes, "Da Contribuição do Código Civil para o Direito Administrativo", in **RF** 209/12; Hélio

Moraes de Siqueira, ob. cit., p. 134; Vicente Ráo, ob. cit., 346-7; Eurico Sodré, *A desapropriação por necessidade ou utilidade pública*, pp. 284-5). Assim, segundo esse entendimento, verificada a condição, configurada estaria a pretensão reivindicatória, aplicando-se, evidentemente, no que concerne à ação de retrocessão, o prazo previsto no Código Civil para as ações reais.

19. Outros afirmam a nulidade do ato expropriatório com fundamento nas teorias dos motivos determinantes ou do desvio de poder, entendendo ser a ação de retrocessão uma ação declaratória de nulidade da desapropriação cumulada com pedido de devolução (Belizário Antônio de Lacerda, ob. cit., p. 104; Carlos Mário Velloso, ob. cit., p. 273). E ainda aqui constata-se divergências quanto à amplitude do prazo, afirmando-se ao primeiro aplicável a norma constante do art. 1.º, do Dec. 20.910/32 (ob. cit., p. 104). O Prof. Carlos Mário Velloso invoca, por seu turno, a jurisprudência do Excelso Pretório para afastar a incidência do prazo quinquenal, preconizando a aplicação do prazo estabelecido para as ações reais (ob. cit., pp. 272-4).

20. Também entendem aplicável o prazo quinquenal autores que sustentam a natureza pessoal do instituto da retrocessão, como Hely Lopes Meirelles (ob. cit., p. 620), Celso Antônio Bandeira de Mello (ob. cit., p. 209). No mesmo sentido é o entendimento perfilhado por José Carlos de Moraes Salles que, embora sustente a natureza real do instituto, considera aplicável, na espécie, a **prescrição quinquenal** (ob. cit., pp. 732-4).

21. As questões relativas à caracterização jurídica do instituto e ao prazo para o exercício do direito de **reaquisição** não apresentam maiores dificuldades em sistemas jurídicos que disciplinaram de forma precisa o instituto da retrocessão, como é o caso, v.g., do direito francês, do direito italiano e do direito mexicano (Michel Waline, *Précis de Droit Administratif*, Paris, 1970, pp. 280-1; Guido Zanobini, *Corso di Diritto Amministrativo*, Milão, 1958, v. IV, pp. 299-303; André de Serra Rojas, *Derecho administrativo*, México, 1963, t. II, p. 1.006).

22. A propósito, observa Zanobini que, no sistema jurídico italiano, o direito de retrocessão não decorre de nulidade superveniente do ato expropriatório, nem a ação de retrocessão se confunde com a reivindicatória, assumindo a referida faculdade caráter de um direito potestativo *ad rem* ("Tale dichiarazione non ha nessun rapporto con un'azione di rivendica dei beni perchè chi la emette non è più proprietario dei medesimi, ma rappresenta l'esercizio di una facoltà, di un diritto *ad rem* che la legge espressamente riconosce, date le accennate condizioni, all'antico proprietario (artt. 60 e 61). (...) Ciò dal punto di vista giuridico, è importante per escludere che la retrocessione, anche se totale, sia effetto di una sopravvenuta nullità dell'atto di espropriazione. Se così fosse, ciascuna delle parti dovrebbe essere restituita nell'identica condizione patrimoniale in cui si trovava al momento dell'esproprio. Sembra, invece, che dalla decadenza derivi all'espropriato un diritto potestativo di compera, al quale corrisponde l'obbligo dell'espropriante di vendere a lui l'immobile non utilizzato") (ob. cit., pp. 299-303).

23. Diversamente, nos ordenamentos jurídicos que, como o nosso, não regulamentaram amplamente o instituto, surgem dúvidas e perplexidades, tanto no que diz respeito à natureza jurídica da retrocessão, quanto no que concerne ao limite temporal para o seu exercício. É o que se verifica no direito argentino, onde a ausência de disciplina do instituto no direito federal tem ensejado discussões sobre os fundamentos do direito de retrocessão e sobre o limite do "prazo prescricional". Segundo o magistério de Canasi e Marienhoff, embora subsista diversidade de posições quanto à natureza da retrocessão, afigura-se majoritária na doutrina e na jurisprudência tese segundo a qual, na ausência de disciplina específica, o prazo para o exercício da ação há de ser o da reivindicatória, tendo em vista o caráter real do direito (Canasi, ob. cit., pp. 94-112; Miguel S. Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1973, v. 4, pp. 395-401).

24. Como restou demonstrado, a controvérsia sobre natureza jurídica do instituto envolve, também no Direito brasileiro, a questão relativa ao prazo para o exercício do direito de **reaquisição**. Todavia, tendo ficado assente que a ação de retrocessão tem, em nosso ordenamento, **eficácia real**, não se afigura imprescindível adentrar em considerações sobre a qualificação jurídica do instituto para resolver questão atinente ao lapso temporal para o exercício do direito. O Supremo Tribunal havia admitido anteriormente a aplicação da "prescrição quinquenal" à ação de retrocessão, nos termos do art. 1.º do Dec. 20.910/32 (RE 42.414, Rel. Min. Gonçalves de Oliveira, j. 20.10.60, RT 312/705; ERE 45.437, Rel. Min. Gonçalves de Oliveira, j. 27.4.62, RDA 69/200). Evidentemente, tal orientação era consentânea com o entendimento então dominante na Excelsa Corte relativo à pessoalidade

do direito de retrocessão. Posteriormente, a jurisprudência do Excelso Pretório, em ambas de suas Turmas, parece ter evoluído, ainda que com alguma resistência, no sentido da definição da retrocessão como ação de **eficácia real** (RE 64.559, Rel. Min. Eloy da Rocha, RTJ 57/52; RE 81.151, Rel. Min. Antônio Neder, RTJ 80/139; RE 87.559, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 2.6.78; AR 1.098, Rel. Min. Soares Muñoz, RTJ 104/46).

24. Na ausência de disciplina relativa ao prazo de exercício do direito de **reaquisição**, há de se indagar, inevitavelmente, sobre a aplicabilidade, na espécie, do disposto no decreto 20.910/32. Não obstante, é de se notar que a jurisprudência dominante no STF tem afastado, sistematicamente, a incidência do referido diploma em se tratando de direito ou ações reais (RE 47.584, Rel. Min. Luiz Gallotti aud. publ. 8.8.62; RE 57.966, Rel. Min. Luiz Gallotti, aud. publ. 22.6.66; RE 54.991, Rel. Min. Osvaldo Trigueiro, aud. publ. 28.3.69, RE 65.776, Rel. Min. Luiz Gallotti, aud. publ. 10.12.69; RE 63.833, Rel. Min. Eloy da Rocha, RTJ 61/384; RE 75.962, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, RTJ 74/421).

25. Não subsistindo dúvida quanto à **eficácia real** da ação de retrocessão, no ordenamento jurídico brasileiro, afigura-se evidente a inaplicabilidade, na hipótese, do disposto no Dec. 20.910/32. Portanto, não há que se cogitar, no caso, da eventual negativa vigência dos arts. 1.º e 9.º do aludido diploma legal.

26. No tocante à alegação de negativa de vigência do art. 177, do CC, cumpre notar que o E. Tribunal a quo considerou que a simples devolução do imóvel ao município não configurava desvio de finalidade da desapropriação, entendendo como caracterizada a **redesignação** com a alienação do imóvel em 15.1.71. Assim, não estaria **prescrita** a ação de retrocessão uma vez que, consoante entendimento da Excelsa Corte, a prescrição "começa a correr desde o momento em que o expropriante abandona, inequivocamente o propósito de dar ao imóvel, a destinação expressa na declaração de utilidade pública" (RDA 69/200). Ressaltou-se que, em face dessa orientação, ainda que se admitisse a aplicação, no caso, do Dec. 20.910/32, a **prescrição** atingiria apenas uma parte do imóvel (fls. 119/120).

27. Constitui entendimento pacífico no Excelso Pretório que o retardamento ou a não-utilização imediata do bem expropriado não autoriza, por si só, a presunção de violação do destino que a ele deve ser dado (RE 82.366, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ 77/334), devendo começar a correr o prazo para o exercício da ação de retrocessão no momento em que fica caracterizado, de forma inequívoca, que a coisa não terá destinação de interesse público. Assim, a simples devolução do bem ao Poder Público pelo beneficiário da expropriação não parece caracterizar, como bem anotou o v. aresto recorrido, o desvirtuamento ensejador da ação de retrocessão. Não está configurada, portanto, a negativa de vigência do art. 177, do CC. Ademais, cumpre notar que o exame, em caso concreto, das circunstâncias fáticas ensejadoras do desvio de finalidade "é imune à censura extraordinária" (RE 87.559, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 2.6.78; RE 82.366, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ 77/334).

28. Finalmente, quanto à natureza pessoal ou real da retrocessão, não há dúvida de que está caracterizada a divergência. Faz-se mister, pois, conhecer do recurso.

29. Todavia, não há de ser provido o apelo também sob esse fundamento. Consoante já ressaltado, a jurisprudência mais recente de ambas as Turmas da Excelsa Corte vem afirmando a natureza real do direito de retrocessão. (RE 64.559, Rel. Min. Eloy da Rocha, RTJ 57/52; RE 81.151, Rel. Min. Antônio Neder, RTJ 80/139, RE 87.559, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 2.7.78; AR 1.098, Rel. Min. Soares Muñoz, RTJ 104/468). No RE 87.559, assim se pronunciou o Min. Moreira Alves a propósito da existência do direito da retrocessão em nosso sistema, **verbis**:

"Essa questão foi examinada no RE 64.559 (2.ª Turma), em que seu relator, o eminente Min. Eloy da Rocha lembrou a afirmação de Francisco de Campos na exposição de motivos do projeto que se transformou no Dec.-lei 3.365, e cujo teor é: 'Item VIII — Deixaram de ser regulados os institutos da **requisição** e da **retrocessão**, hoje erradamente assimilados ao de **desapropriação**, os quais se continuarão a reger-se pelo Código Civil'. (RTJ 57/52). E, ainda recentemente, foi objeto de larga análise pelo eminente Min. Antônio Neder, como relator do RE 81.151, julgado pela 1.ª Turma (RTJ 80/139 e ss.), e em cuja ementa se lê: 'Constituição, art. 153, § 2.º, CC, art. 1.150. Desapropriação por utilidade pública. Reversão do bem desapropriado. O direito à **reaquisição** 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 art. 35 do Dec.-lei 3.365/41, visto que o direito previsto neste último (reivindicação) não faz desaparecer aquele outro'".

30. Posteriormente, em voto proferido na AR 1.098, afastou o eminente Ministro qualquer dúvida que pudesse pairar sobre a natureza do instituto:

"Sob qualquer dos ângulos por que se examinar essa questão, improcede, com a devida vênia, a fundamentação do voto do eminente Min. Décio Miranda no sentido de que a decisão que admite o direito de retrocessão em nosso sistema jurídico (e, portanto, lhe dá eficácia real) viola literal disposição de lei e dá margem, por isso, à procedência de ação rescisória.

"Com efeito, quer na doutrina, quer na jurisprudência, são numerosos os autores e decisões judiciais que sustentam que, em face do art. 1.150 do CC, do art. 35 do Dec.-lei 3.365/41 e do § 22 do art. 153 da CF, há, em nosso direito, a retrocessão o que implica dizer que o expropriado tem o direito de ver reingressado em seu patrimônio o bem expropriado (eficácia real) (RTJ 104/487).

31. Também no que concerne ao prazo para o exercício do direito de reaqusição, há de se ter por configurado o dissídio.

32. Todavia, admitida a **eficácia real** da ação de retrocessão, ter-se-á de afastar, inevitavelmente, a incidência da "prescrição quinquenal", em conformidade com iterativos julgados do Excelso Pretório (RE 47.584, Rel. Min. Luiz Gallotti, aud. publ. 8.8.62, RE 57.966, Rel. Min. Luiz Gallotti, RTJ 37/297; RE 54.991, Rel. Min. Osvaldo Trigueiro, aud. publ. 28.3.69; RE 65.776, Rel. Min. Luiz Gallotti, aud. publ. 10.12.69; RE 63.833, Rel. Min. Eloy da Rocha, RTJ 61/384; RE 75.962, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, RTJ 74/421).

33. Isto posto, manifesta o Ministério Público Federal pelo conhecimento do recurso, com fundamento no dissídio jurisprudencial, opinando, porém, pelo seu desprovimento. Brasília, 25 de setembro de 1985.

CONTRIBUIÇÃO PARA OAB — NATUREZA

ALCIDES JORGE COSTA

Professor Adjunto da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo

A Lei 4.215/63, dispõe sobre o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. Esta lei prevê que "todos os inscritos na Ordem, pagarão, obrigatoriamente, a contribuição anual e taxas que forem fixadas pelas Seções" (art. 141). A OAB tem cobrado regularmente estas contribuições, reajustando-as periodicamente, pelo menos em São Paulo, por ato do Conselho Seccional. Este procedimento coloca uma questão: pode a OAB cobrar esta contribuição, como tem feito, ou a contribuição seria exigível apenas se a lei, além de prevê-la de modo genérico, como ocorre, lhe fixasse a alíquota (e a base de cálculo, em se tratando de alíquota percentual)? A questão colocada poderia estender-se ao campo das penalidades, às quais a Lei 4.215/63 dedica todo um capítulo. Todavia, a multa será "quantia fixada pela decisão que a aplicar".

A Constituição diz que a União pode instituir contribuições tendo em vista intervenção no domínio econômico ou o interesse de categorias profissionais e para atender diretamente à parte da União no custeio dos encargos da previdência social (art. 21, § 2.º, I). A teoria da espécie de tributo denominada contribuição é plena de controvérsias e dúvidas. Não vou reproduzi-las aqui, limitando-me a remeter o leitor para a exposição que, a propósito, foi feita por Rubens Gomes de Sousa (*A contribuição de previdência social e os municípios*, 1973, editado pela Prefeitura do Município de São Paulo, pp. 52-8), em trabalho ainda atual. Sejam, porém, quais forem as divergências doutrinárias, o fato é que a Constituição erige a contribuição no interesse de categorias profissionais em espécie do gênero tributo. E neste sentido, pode adotar-se a definição de José Luis Peres de Ayala e Eusebio Gonzales (*Curso de derecho tributario*, v. I, Ed. Derecho Reunidas, Madrid, 1975, p. 223) como suma das fornecidas pelos autores que reconhecem a existência das contribuições como gênero autônomo: "prestación pagada con carácter obligatorio al ente público, con ocasión de una actividad realizada por él con fines de utilidad pública, no en forma individual y divisible, pero que proporciona también ventajas especiales a ciertos sujetos".

A contribuição dos advogados à Ordem é, sem dúvida, paga no interesse da categoria profissional. A Ordem exerce funções do mais alto interesse público (órgão de seleção disciplinar da classe, Lei 4.215/63, art. 1.º), mas exerce também funções que se traduzem em vantagem especial para a classe (defesa da classe dos advogados em toda a República, da mesma lei e artigo). Acrescente-se que a classe tem interesse específico em sua própria disciplina, sem a qual não só o interesse público seria gravemente atingido, como também a classe ficaria desmoralizada.

Se a contribuição à Ordem é tributo, só pode ser exigida se criada por lei (princípio da legalidade, CF, art. 153, § 29) e se a lei fixar a alíquota e a base de cálculo (princípio da reserva legal estrita, resultante da Constituição e expresso no art. 97 do CTN). Ora, a Lei 4.215/63, art. 141, limita-se a instituir uma contribuição anual, sem determinar seu **quantum**, ou mesmo a forma de calculá-lo. As cláusulas "que forem fixadas pelas seções" contêm delegação inadmissível em Direito Tributário. A Constituição (não lei ordinária) permite que o Poder Executivo altere as alíquotas dos impostos de importação e exportação e do IPI, mas "nas condições e nos limites estabelecidos em lei". Logo, a cobrança da contribuição anual, como vem sendo feita, não tem base constitucional nem legal.

Esta contribuição destina-se a um órgão público. A Ordem dos Advogados do Brasil tem personalidade jurídica (Lei 4.215/63, art. 1.º) e constitui serviço público federal (art. 139). Não há sequer cogitar de contribuição que não se destinasse a órgão público.