

PARECER

Nº 1657/2015

- Parte Integrante do
Parecer n.º 110/20
Unai, 24/12/2015**
- Relator**
- GC – Garantias Constitucionais. Desapropriação. Não atendimento dos pressupostos constitucionais. Direito à retrocessão. Natureza jurídica e vedação ao enriquecimento indevido.

CONSULTA:

Em adendo ao parecer IBAM 1376/2015, esclarece o Consulente:

"Ainda sobre o PL que autoriza o Município a alienar lotes, cabe solicitar entendimento jurídico acerca do fato de que todos os lotes que serão submetidos à concorrência pública são advindos de desapropriação, por via de Decretos. A seguir a lista dos decretos e seus objetivos: Decreto n.º 3.257, de 21 de outubro de 2005, desapropriou 256 lotes no mamoeiro para o fim de interesse social e destina-se à construção de casas populares; Decreto n.º 3.261, de 3 de novembro de 2005, desapropriou 133 lotes no Bairro Santa Clara para o fim de interesse social para a construção de casas populares, com vistas a atender a municipalidade; Decreto n.º 3.290, de 13 de dezembro de 2005, desapropriou 10 lotes no Bairro Santa Clara para o fim de interesse social para a construção de casas populares, com vistas a atender população carente e de baixa renda do município; Decreto n.º 3.358, de 17 de maio de 2006, desapropriou 1 gleba para o fim de interesse social para a construção de casas populares; Decreto n.º 3.474, de 29 de novembro de 2007, desapropriou 43 lotes no Bairro Santa Clara no Bairro Santa Clara para a construção de habitações populares. Decreto n.º 3.488, de 29 de janeiro de 2008, desapropriou 40 lotes no Bairro Santa Clara para a construção de

habitações populares. Decreto n.º 3.623, de 26 de maio de 2009, desapropriou 1 gleba para o fim utilidade pública para a construção do monumento do Cristo Redentor e para a implantação da estrada de acesso ao respectivo monumento. Decreto n.º 3.732, de 15 de março de 2010, desapropriou 34 imóveis do Loteamento Núcleo Campo Jardim para a construção e implantação do cemitério público municipal."

Indaga: "É possível alienar todos os imóveis públicos mesmo com o gravame do interesse público ou utilidade pública? Se for elaborado um artigo no referido projeto a fim de dar preferência aos desapropriados para adquirir os imóveis (retrocessão) pelo valor da desapropriação devidamente corrigido fica sanada a constitucionalidade da matéria? Qual seria o índice para a atualização dos valores dos imóveis a serem retrocedidos?"

RESPOSTA:

Inicialmente, cumpre consignar que partiremos da premissa de que o município pagou preço justo aos expropriados neste processo de desapropriação ora narrado nesta Consulta complementar.

Feito o esclarecimento acima, como sabido, a Constituição Federal garante o direito à propriedade (art. 5º, XXII), porém assegura ao Estado o poder de desapropriação, que é o procedimento administrativo pelo qual o Poder Público retira de alguém de seu direito de propriedade compulsoriamente (art. 5º, XXIV), adquirindo-o mediante indenização, que normalmente é prévia, justa e em dinheiro. Seus fundamentos são o interesse público, a necessidade pública, o interesse social, ou como pena pela não utilização do bem nos termos de sua função social ou, ainda, em decorrência de ilícito criminal.

Contudo, se após a desapropriação o Poder Público não o utilizar segundo a sua finalidade, desaparece o pressuposto do instituto.

Pelo instituto da retrocessão, grosso modo, permite-se que a parte que foi despojada do seu direito de propriedade, possa reivindicá-lo, reclamar perdas e danos ou exercer o direito de preferência (CC, art. 519), a depender do entendimento sobre a natureza jurídica deste instituto que suscita controvérsias.

Sobre o tema da retrocessão, formaram-se três correntes, todas elas anteriores ao Código Civil de 2002.

A primeira entende não mais existir, no direito brasileiro, a retrocessão como direito real de reivindicar o imóvel, subsistindo apenas como direito pessoal de pleitear perdas e danos, com base no artigo 1.159 do Código Civil de 1916 e também em razão do art. 35 do Decreto-lei nº. 3.365/1941 que proíbe a reivindicação de bem expropriado já incorporado à Fazenda Pública e determinar que qualquer ação sobre o imóvel, se julgada procedente, resolver-se-á em perdas e danos.

Para a segunda corrente, a retrocessão permanece como direito real, ou seja, como direito à reivindicação do imóvel expropriado, uma vez que a regra do artigo 35 do Decreto-lei nº. 3.365/41 apenas seria aplicável nas desapropriações que atendem aos requisitos constitucionais (necessidade pública, utilidade pública e interesse social), sendo certo que a Constituição, ao mesmo tempo, garante direito de propriedade. São defensores desta corrente, na doutrina, Seabra Fagundes (RDA 78/15), José Cretella Júnior (1976:489), Pontes de Miranda (1955, v. 14:174-175), sendo encontrada na jurisprudência:

"DIREITO ADMINISTRATIVO - RECURSO ESPECIAL - RETROCESSÃO - DESVIO DE FINALIDADE PÚBLICA DE BEM DESAPROPRIADO (...) 1 - Acórdão fundado na exegese do art. 35 do Decreto 3365 revela inequívoca natureza infraconstitucional, mercê da análise da influência do Código Civil no desate da lide. 2. A retrocessão é um instituto através do qual ao expropriado é lícito pleitear as conseqüências pelo fato de o imóvel não ter sido utilizado para os fins declarados na desapropriação. Nessas

hipóteses, a lei permite que a parte, que foi despojada do seu direito de propriedade, possa reivindicá-lo e, diante da impossibilidade de fazê-lo (*ad impossibilia nemo tenetur*), subjaz-lhe a ação de perdas e danos. 3 - A retrocessão é um direito real do ex-proprietário de reaver o bem expropriado, mas não preposto a finalidade pública (Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 17ª edição, pg. 784). 4 - A jurisprudência desta Corte considera a retrocessão uma ação de natureza real (STJ: REsp nº 570.483/MG, Segunda Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJU de 30/06/2004)." (No mesmo sentido: RTJ 104/468, 80/139, RDP 11/274, RF 186/140, RT 258/49, 439/199, 397/210, 413/217).

" O e. STJ através da pena do Exmº Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros no julgamento do REsp 412.634/RJ, afirmou que a obrigação de retroceder "homenageia a moralidade administrativa, pois evita que o Administrador - abusando da desapropriação - locuplete-se ilicitamente às custas do proprietário. Não fosse o dever de retroceder, o saudável instituto da desapropriação pode servir de instrumentos a perseguições políticas e, ainda ao enriquecimento particular dos eventuais detentores do Poder" (EDREsp 412.634/RJ, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 09.06.2003, REsp 623511/RJ; Ministro LUIZ FUX; Primeira Turma; julgado em 19/05/2005)."

A terceira corrente concebe a retrocessão como um direito de natureza mista (pessoal e real), cabendo ao expropriado a ação de preempção ou preferência (de natureza real) ou, se preferir, perdas e danos. É o pensamento do Roberto Barcelos de Magalhães (1968: 276-283), acompanhado por acórdão do STF (RTJ 80/139). Para esta corrente, em princípio, a retrocessão é um direito real. Contudo, pode ocorrer que a devolução do imóvel tenha se tornado problemática (transferência a terceiros, deterioração, realização de benfeitorias) e, nesse caso, pode o ex-proprietário pleitear indenização, que corresponderá ao mesmo preço da desapropriação, devidamente corrigido, com alterações para mais ou para menos, conforme as

melhorias ou deteriorações incidentes sobre o imóvel, na base em que se calcula o justo preço nas desapropriações.

O novo código, no art. 519, do Livro I, Do direito das obrigações, Na Subseção III (Da preempção ou preferência) inserido na Seção II (Das cláusulas especiais à compra e venda) dispõe:

"Se a coisa expropriada para fins de necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, não tiver o destino para que se desapropriou, ou não for utilizada em obras ou serviços públicos, caberá ao expropriado direito de preferência, pelo preço atual da coisa".

O anterior art. 1.150 do Código Civil de 1916 dispunha:

"A União, o Estado, ou o Município, oferecerá ao expropriado o imóvel desapropriado, pelo preço que o foi, caso não tenha o destino, para que se desapropriou".

Note-se que o novo Código Civil não mais determina que o poder público ofereça o imóvel ao desapropriado, pois apenas assegura ao expropriado o direito de preferência, pelo preço atual da coisa.

Outrossim, a norma do art. 519 do atual Código Civil, em semelhança ao antigo art. 1156 do antigo Código Civil, dá ao direito de preferência o caráter obrigacional, pressupondo um contrato de compra e venda, em que haja cláusula da qual decorre uma obrigação para o comprador em face do vendedor, sendo essa obrigação de eficácia pessoal. Neste sentido, cite-se o entendimento consagrado no voto do Ministro Moreira Alves na Ação Rescisória nº 1.098, in RTJ 104/468.

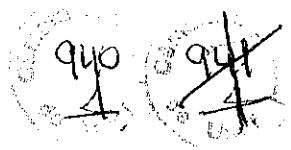
A despeito da controvérsia, é certo que o direito de retrocessão tem como suporte fático a não utilização do bem para os fins declarados no decreto expropriatório ou para outros fins de interesse público. Também é certo que a propriedade é garantida constitucionalmente, que a desapropriação deverá atender aos pressupostos constitucionais e que a

leitura dos institutos jurídicos em vigor possuem, como filtro axiológico, a Constituição, e não o contrário.

Especificamente sobre o tema se o direito de preferência, tal como delineado no Código Civil, se aplica à retrocessão, já se debruçou a doutrina. Sobre o tema, segundo doutrina de Hélio Moraes de Siqueira:

"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. (...) Entretanto, não é na lei civil que se encontra fundamento da retrocessão. Aliás, poder-se-ia, quando muito, vislumbrar o lineamento do instituto. É na Constituição federal que a retrocessão deita raízes e recebe essência jurídica que a sustém. Mesmo ausente o preceito do Código Civil, a figura da retrocessão teria existência no direito brasileiro, pois é consequência jurídica do mandamento constitucional garantidor da inviolabilidade da propriedade, ressalvada a desapropriação por utilidade e necessidade pública e de interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro." (g.n.)

Neste exato sentido, consta do fundamento voto proferido pelo Ministro Antônio Neder, no RE 81151 do STF, dentre outros da jurisprudência. Em síntese, se a Constituição garante como regra o direito de propriedade e ressalva tão somente a desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, inerente a essa norma é o direito de o ex - proprietário do bem desapropriado readquirir - lhe o domínio no caso em que o desapropriante não lhe dê o destino que motivou a desapropriação ou outro fim público.



Quanto à natureza constitucional do direito à retrocessão, confira elucidativos julgados:

"DESAPROPRIAÇÃO - RETROCESSÃO - INDENIZAÇÃO - ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA DO VALOR RECEBIDO - CRITÉRIO JUSTO - SENTENÇA CONFIRMADA. O direito da retrocessão é de índole constitucional. Se a CF no seu art. 153, § 22, assegura o "direito de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social", corolário lógico desse direito é que, incorrentes os motivos constitucionais da desapropriação, há de prevalecer o direito de propriedade. O retorno do bem expropriado ao patrimônio de seu ex-dono, por força de decisão proferida em pleito judicial adequado, importa a obrigação deste em restituir ao expropriante o valor recebido, monetariamente atualizado pelos índices oficiais, para evitar-se enriquecimento sem causa para ambas as partes, não sendo o caso de devolução pelo preço atual do bem, por não se cuidar de recompra, mas de restituição pela sua não utilização. (TJ/MG, Desembargador ANTÔNIO DE PÁDUA, Apelação Cível nº. 2.0000.00.469149-4/000).

"PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. RETROCESSÃO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. PRESSUPOSTO DO DIREITO. VALOR A SER PAGO PELO EX-PROPRIETÁRIO. PROVIMENTO DO RECURSO VOLUNTÁRIO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA, QUANTO AO MAIS, NO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. Porque previsto no ordenamento jurídico, o pedido de retrocessão de imóvel desapropriado, não utilizado pelo expropriante para os fins anunciados, não há que se falar em impossibilidade jurídica do pedido, que não é obstado, de resto, pelo disposto no art. 35 do Decreto-lei nº 3.365/41 e no art. 1231 do Código Civil, resolvendo-se a questão em favor do direito de propriedade, garantido constitucionalmente. Sendo desinfluente para o julgamento da causa o esclarecimento demandado, pelo Réu, ao perito, não há que se falar em cerceamento de defesa.

Evidenciado que o Estado não deu a parte do imóvel desapropriado a utilização anunciada no ato de desapropriação, cabe a retrocessão do bem, mediante pagamento do valor pago para a desapropriação, corrigido monetariamente, e não o valor de mercado atual do imóvel, a despeito de superior àquele, pois, se não tivesse ocorrida a desapropriação, o proprietário seria naturalmente beneficiado pela valorização. Tal solução evita, ademais, a utilização do instituto da desapropriação, pelo Estado, com fins especulativos" (TJMG; Apelação Cível 1.0000.00.145201-0/000(1); Des. JOSÉ FERNANDES FILHO; julgado em 26/10/1999)

No caso em apreço há uma peculiaridade, tendo em vista que não é o expropriado que pretende ajuizar ação para reaver o bem. O poder público que pretende alienar as áreas desapropriadas que não foram conferidas a destinação pública que consta do decreto expropriatório e pretende, neste mesmo procedimento, concretizar o direito de preferência aos expropriados com fundamento na retrocessão. Necessário, portanto, realizarmos as seguintes ponderações.

Neste contexto, vislumbramos, no mínimo, dois cenários. No primeiro, os expropriados, efetivamente, exercem o direito de preferência. Neste caso, como visto, admitido este procedimento de iniciativa do Poder Público, os expropriados deveriam reaver o bem pelo valor pago para a desapropriação, corrigido monetariamente, pois se não tivesse ocorrida a desapropriação, o proprietário/ expropriado seria o beneficiado por eventual valorização. Desta forma, não se cogita do valor de mercado atual do imóvel. Este entendimento se coaduna com o princípio da *restitutio in integrum* e da vedação ao enriquecimento sem causa para qualquer das partes.

O problema prático, contudo, ocorrerá se não forem os expropriados os beneficiados desta medida, uma vez que terceiros se enriqueceriam indevidamente ou o Poder Público, o que, não se admite, motivo pelo qual esta alienação onerosa não poderá ser feita desta forma.

Note-se que após realizar as desapropriações, compulsoriamente despojar os proprietário mediante justa indenização e não conferir destinação pública ao bem, não poderá agir o poder público, agora, como um agente de mercado imobiliário especulativo, o que inclusive estimularia o exercício temerário de desapropriações. Sobre o tema:

"A despeito da dicção legal, de que "...caberá ao expropriado direito de preferência, pelo preço atual da coisa"(art. 519/NCC), tenho que a devolução do imóvel opera-se pela restituição do valor efetivamente desembolsado, ao tempo da expropriação, com a incidência de correção monetária pelos índices oficiais vigentes. Ultimada a expropriação, não vindo o Poder Público concretizar a destinação do bem na forma como havia manifestado - in casu (...)o valor a ser pago pelo ex-proprietário, para reaver o imóvel, deverá corresponder ao exato montante recebido, a título de indenização, na desapropriação, devidamente atualizado pelos índices oficiais de correção. Entender o contrário, é dizer, que a devolução do imóvel se faça pelo valor atual do próprio bem, equivaleria supor o antônimo do princípio restitutio in integrum, pois que, causado o desatendimento de finalidade pública declarada (...) Beneficiar-se-ia, duplamente, o infrator, que, além de causar a alienação do bem a seus ex-proprietários, percebendo, pela infração, preço de mercado, em nítida prática especulativa, enriquecendo os cofres públicos às custas do administrado, despojado em sua propriedade por longos anos, serviria ao estímulo, ainda, para exercício temerário da desapropriação, sem que a administração pública se comprometesse com a finalidade pública a justificar tamanha intervenção na propriedade particular. (...)Atender à pretensão da ré/apelante, de que a devolução se dê pelo valor atual do imóvel, sendo ela quem deu causa ao aforamento da ação em foco, corresponderia a premiar o infrator, o que a lei não tolera, pois, em tal caso, estaria a mesma alienando o bem a seus ex-proprietários, a preço de mercado, que, em contrapartida, representaria um

castigo severo para os mesmos, que perderam seu imóvel, por força de lei, ficando privados por longos anos de sua posse e, ao recobrá-la, teriam de comprá-la a preço de mercado, o que certamente não se afigura justo, nem, por óbvio, valeria a pena para os mesmos" (TJ-MG Apelação Cível, proc nº 1.0319.96-001 935-8/001, Relator: FERNANDO BOTELHO, Data de Julgamento: 26/11/2009, g.n.)

Se nenhum interessado ajuizou a ação respectiva para reaver o bem ainda no prazo prescricional, ou o Poder Público viabiliza, na esfera administrativa, a retrocessão do bem aos expropriados pelo valor corrigido monetariamente ou, tendo em vista que o Poder Público não pode se enriquecer indevidamente às custas dos expropriados, poderá realizar nestas áreas, por exemplo, alienações gratuitas, abaixo do preço de mercado ou até pelo preço pago a título de indenização devidamente corrigido, no âmbito de programas habitacionais de interesse social (art. 17, I, f, da Lei nº 8.666/1993). Para maiores esclarecimentos sobre o tema, vide parecer IBAM 1262/2015.

Ante o exposto, conclui-se o presente parecer na forma das razões exaradas.

É o parecer, s.m.j.

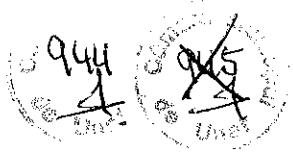
Ana Carolina Couri de Carvalho
Assessora Jurídica

Aprovo o parecer

Marcus Alonso Ribeiro Neves
Consultor Jurídico

Rio de Janeiro, 03 de julho de 2015.

MOVIMENTOS DOS SEM CASA DE UNAÍ, MINAS GERAIS.



Aos Srs. Vereadores

Levando-se em consideração que o déficit habitacional em Unaí é muito grande, um grupo de pessoas, tendo como propulsor o Sr. Vicente Ribeiro dos Santos, resolve criar um movimento para conseguir negociar junto aos entes federados construções de moradias para as famílias de baixa renda dentro do programa habitacional “Minha Casa Minha Vida.”

O movimento mantém em suas anotações entorno de 3.500 (Três Mil e Quinhentos) cadastrados na espera de soluções advindas do poder executivo municipal de nosso município.

O programa de construções de moradias para a população de baixa renda se justifica pelo fato de estes integrantes desta faixa social, não disporem de renda que os enquadrem nas outras modalidades de financiamentos existentes. Como existe o programa do Governo Federal que contempla esta faixa de renda, nada mais justo que nós unaienses encontrarmos soluções para dar maior dignidade social a estes irmãos que imploram por um endereço para abrigar suas famílias.

É público e notório que nosso município dispõe de terreno, que foram adquiridos para esta finalidade, mais do que suficiente para atender esta demanda social de nossa população. Existe em tramitação no Poder Legislativo Municipal de Unaí um projeto do Poder Executivo mudando a destinação destes terrenos, venda de toda a área aos empresários do setor imobiliário. Se este projeto lograr êxito, a base de nossa pirâmide social não será contemplada, pois não dispõem de recursos para a compra nas modalidades empresariais.

Diante do exposto, nós representantes deste vasto contingente de sem moradias, fazemos um apelo veemente aos representes do povo de Unaí, Vereadores, para que

rejeite este projeto! A rejeição do projeto do executivo trará vários benefícios para nossa cidade, se não, vejamos: fará justiça social com a base de nossa pirâmide social; incrementará o comércio de forma geral e as construções usarão a mão-de-obra local.

Como conhecedores das sensibilidades sociais de V. Excelências, reforçamos o apelo pela rejeição do projeto.

Cordialmente, agradecemos a compreensão de todos.

Unaí, MG, 20/08/2015

Vicente Ribeiro dos Santos – Coordenador Geral

José da Paz Costa Filho
José da Paz Costa Filho – Pres. Ass. Dos Moradores do Bairro Canaã

Geni de Sousa Oliveira
Geni de Sousa Oliveira – Colaborador

X Jma. Lúlio Nunes dos Santos