

ENSAIO SÔBRE A RETROCESSÃO

MÚCIO DE CAMPOS MAIA

SUMÁRIO: *Origens do instituto. O Código Civil e a legislação especial. Preempção convencional e preempção legal. Obrigação de retrocessão. Perdas e danos.*

1. A retrocessão (do latim medieval *retrocessio*, derivado do verbo *retrocedere*), vocábulo introduzido no Direito francês,¹ de onde passou ao Direito italiano,² expandindo-se por tôdas as legislações civilizadas, tenta significar, a despeito de inexpressivo e juridicamente inadequado, a obrigação imposta ao Poder Público de oferecer ao ex-proprietário o bem que lhe desapropriou, se êste não tiver o destino para o qual fôra apropriado.

Chama-lhe o Direito espanhol *derecho de reversion*,³ expressão literalmente traduzida — reversão — no Direito português⁴ e a que na Argentina se dá o nome de *retracto* ou *retroversión*.⁵

2. Constitui meramente *jus praelationis*,⁶ assegurado ao ex-proprietário e resolúvel em indenização, sem a seqüela da reivindicação

1 Leis de 7 de julho de 1833 e de 3 de maio de 1841, sôbre expropriação por utilidade pública. Paul Duez et Guy Debeyre, *Traité de Droit Administratif*, 1952, n.º 1.158, pág. 846. André de Laubadère, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 1933, n.º 1.579, pág. 807. Garsonnet, *Traité de l'Expropriation*, vol. II, ns. 619/630. De Laleau et Jousselin, *Traité de l'Expropriation pour cause d'utilité publique*, vol. I, n.º 277.

2 Arturo Lentini, *Le Espropriazioni per causa di pubblica utilità*, 1936, pág. 248.

3 Valverde y Valverde, *Tratado de Derecho Civil Español*, 1925, tomo II, pág. 279.

4 Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil*, 1.ª ed. bras., 1956, vol. XII, tomo I, n.º 1.856, pág. 377.

5 Hector Lafaille, *Tratado de los Derechos Reales*, 1943, vol. I, n.º 537, pág. 421.

6 *Praelationis* (de *praefero*, *fers*, *tuli*, *latum*, *ferre*): ação de preferir; preferência.

preconizada por Carlos de Carvalho,⁷ Meucci⁸ e Cunha Gonçalves,⁹ que seria absurda porque a reivindicação pressupõe necessariamente o *jus in re*:¹⁰ e este o ex-proprietário manifestamente não o tem desde que se consumou a desapropriação.

3. Trata-se realmente de espécie do instituto jurídico denominado *jus praelationis*, ou, mais exatamente, *preempção*, que vem a ser o *jus protimiseos* dos comentadores do Direito Romano,¹¹ ou *jus protimiseos*, como preferia Schilling, à vista da grafia grega, cuja sétima letra era *éta* e não *iota*.¹²

O *pactum protimiseos* é o pacto adjecto ou acessório, em virtude do qual o promitente se obriga a preferir a pessoa do beneficiário, em certas condições (a igualdade, quase sempre), para realização de certo contrato (em regra, a venda) se e quando deliberar a sua celebração.¹³

Já em Roma, o direito de preferência tanto poderia ser convencional, como resultar da lei; e o exemplo mais importante do *jus protimiseos legale* — escreveu Maynz — se encontra na enfiteuse: const. 3 — *de jure emphyteutico*, 4, 66.¹⁴

4. Exatamente nesta ordem de idéias é que a doutrina italiana define a retrocessão como um *diritto legale di compra*.¹⁵

Aliás, já em 1901, René Foignet a classificava precisamente como *droit de preemption*.¹⁶

5. Sempre a retrocessão foi mal compreendida entre nós.

Houve quem hipertrofiasse o instituto, classificando-o como *direito real*,¹⁷ e, por outro lado, em extremo oposto, quem o atrofiasse, confun-

7 Nova Consol., art. 855.

8 Istituzioni di Diritto Amministrativo, 5.^a ed., pág. 557.

9 Da Compra e Venda no Direito Comercial Brasileiro, 2.^a ed., 1950, pág. 199.

10 *In rem actio competit ei, qui aut jure gentium, aut jure civili, dominium adquisivit*: Paulo, frag. 23 pr. — de reivindicat., VI, I. Cf. Butera, *La Rivendicazione*, 1911, n.º 6; Aubry et Rau, *Cours de Droit Civil Français*, 6.^a ed., dirigida por Bartin, tomo II, § 219-1.º; Lacerda de Almeida, *Direito das Coisas*, 1908, vol. I, §§ 54-55; J. Guimarães Menegale, *Direito Administrativo e Ciência da Administração*, 2.^a ed., 1950: vol. 2.º, pág. 128; Whitaker, *Da Desapropriação*, 2.^a ed., n.º 145, pág. 102; Clovis, *Código Civil Comentado*, 1924, vol. IV, pág. 324, obs. 2 ao art. 1.150.

11 Glück, *Commentario alle Pandette*, trad. ital. dirigida por Serafini e Cogliolo, 1901, liv. XVIII, § 990, págs. 502/504, texto e nota “y” dos tradutores.

12 *Apud* Glück, op. e loc. cit., pág. 502, nota “s” dos tradutores.

O uso, no entanto, consagrou a expressão “protimiseos”.

13 Frag. 75 — de contrah. empt., 18, 1; Glück, op. e loc. cit., Angelo de Martini, *Profili della Vendita Commerciale e del Contrato Estimatorio*, 1950, págs. 81 e 97 e segs.; Barassi, *La Teor. Gene. delle Obbligazioni*, 1946, vol. II, pág. 407; Ch. Beudant, *Cours de Droit Civil Français*, 2.^a ed., dirigida por Lerebours-Pigeonière, com a colaboração de Jean Brethe de la Gressaye, tomo XI, n.º 320, pág. 255; Demogue, *Traité des Obligations*, 1923, tomo II, n.º 901, págs. 867/869; Jean Maurice Verdier, *Les Droits Eventuels*, 1955, págs. 111/113; Dalloz, *Répert. de Droit Civ.*, direção de Verge et Ripert, tomo IV, págs. 1 e segs.

14 *Cours de Droit Romain*, 4.^a ed., 1877, tomo II, § 249, pág. 373.

15 Pasquale Carugno, *L'esprop. per Pubblica Utilità*, 3.^a ed., 1950, pág. 316.

16 *Manuel Elémentaire de Droit Administratif*, 5.^a ed., 1901, pág. 357.

17 Carlos de Carvalho, *Nova Consolidação*, art. 855; J. Oliveira e Cruz, *Da Desapropriação*, n.º 50, pág. 121; *Revista dos Tribunais*, vols. 56/469; 191/254 e 229/121.

dando-o inteiramente com a preempção *convencional*,¹⁸ sem faltar quem lhe negasse a existência mesma.¹⁹

A jurisprudência — essa também se manifestou atônita, ora negando a existência do instituto (*Revista dos Tribunais*, vols. 200/282 e 217/161); ora exacerbando-o a ponto de lhe conferir virtualidades de reivindicação (*Revista dos Tribunais*, vols. 191/254; 193/237 e 229/121); ora, confundindo-lhe os efeitos com os do desfazimento da expropriação (*Revista dos Tribunais*, vols. 225/510 e 239/243) — sempre com incongruente motivação de opiniões, que é sintoma da falta de clareza de idéias sobre o tema.

6. No período anterior à codificação de nosso Direito Civil, era o instituto regulado nas leis especiais de desapropriação²⁰ — como acontece em quase todos os países — até que, promulgado o Código Civil, passou também, simultaneamente, a reger-se pelo dispositivo de seu art. 1.150.

Destarte, com o advento do Código Civil, a retrocessão tornou-se concorrentemente disciplinada, tanto por êste Código como pela lei especial então vigente, que era o Decreto federal n.º 4.956, de 9 de setembro de 1903 (art. 14).

Em 1941, quando se elaborou o Decreto-lei n.º 3.365, de 21 de junho daquele ano, o Ministro da Justiça, na exposição de motivos então apresentada ao Presidente da República, declarou que “deixavam de ser regulados os institutos da requisição e da retrocessão, hoje erradamente assimilados ao de desapropriação, os quais continuarão a reger-se pelo Código Civil”.²¹

Esta modificação da legislação especial, perfeitamente razoável sob o ponto de vista técnico, veio contudo agravar as confusões já existentes a respeito do instituto, na doutrina e na jurisprudência, e enquanto alguns juristas entenderam de assimilá-lo cabalmente à preferência *convencional*²² — apesar dos seus nítidos contornos traçados no Código Civil — sustentaram outros que, salvo quando se tratasse de concessionário-desapropriante, o direito à retrocessão se havia tornado impossível entre nós, ainda com o caráter de indenização, porque o art. 35 da lei de desapropriações proibira a reivindicação dos bens que tivessem sido incorporados à Fazenda Pública.²³

Daí o dizer um ilustre magistrado paulista — o Desembargador Cantidiano Garcia de Almeida — que “a matéria não tem pacífica

18 *Revista dos Tribunais*, vols. 217/161 e 200/282. Chegou a dizer-se que o texto do art. 1.150 do Cód. Civ. “contém um preceito de cortesia ao velho instituto” (Prof. Noé Azevedo, *apud* Whitaker, op. cit., pág. 112).

19 J. Oliveira e Cruz, op. cit., págs. 125/127. Cf. Filadelfo Azevedo, *Um Triênio de Judicatura*, vol. II, pág. 190.

20 Decreto federal n.º 1.021, de 23 de agosto de 1903, art. 2.º, § 4.º, e Decreto n.º 4.956, de 9 de setembro de 1903, art. 14.

21 Cf. Seabra Fagundes, *Da Desapropriação no Direito Brasileiro*, 1949, pág. 517.

22 *Revista dos Tribunais*, vols. 217/161 e 200/282.

23 J. Oliveira e Cruz, op. cit., n.º 51, págs. 124-127.

Temístocles Brandão Cavalcanti, *Tratado de Direito Administrativo*, 1944, vol. VI, pág. 231, *in fine*.

orientação da jurisprudência, sendo notória a disputa acêrca da prevalência, ou não, do instituto com outros contornos, no Direito Brasileiro” (*Arquivo Judiciário*, vols. 107/275; 108/44; *Revista de Direito Administrativo*, vols. 32/22; 32/224; 32/218; 42/226; 43/214; *Revista dos Tribunais*, vol. 200/282).²⁴

7. Tem sido censurada, como *heterotopia*, no elegante dizer do eminente Pontes de Miranda,²⁵ a classificação de tal instituto entre os dispositivos referentes à preempção.

Sustentam os censores que “o direito, a pretensão e a ação que surgem ao que sofreu a desapropriação são de Direito Público e não de Direito Privado”,²⁶ porque a retrocessão é corolário da garantia constitucional da propriedade: esta somente deve ceder ante a necessidade ou utilidade pública, pelo que, cessada a razão superior por que foi sacrificada, há-de restituir-se ao primitivo proprietário.²⁷

O argumento é deveras débil porque, se o critério da classificação fôsse o da garantia constitucional, então a propriedade particular seria, também ela, instituto de Direito Público.

Já Cogliolo, entretanto, havia acentuado que na realidade das coisas os limites entre as normas de Direito Público e de Direito Privado “são variáveis e sutis nos confins entre os dois campos”. E advertia que também o Direito Civil tem partes de Direito Público, como a base da família, e partes de Direito Privado tem o Direito Administrativo.

Há uma zona de perfeita interpenetração entre os dois grandes ramos do Direito.²⁸

De fait — dizem Marty et Raynaud — *la frontière devient très indecise et tend à être remplacée par une zone intermédiaire fort vaste dont le régime juridique est confus, donnant lieu en particulier à des grosses difficultés pour déterminer les juridictions compétentes en cas de litige.*²⁹

A distinção não é absoluta; baseia-se no fato de prevalecer o interesse público ou o interesse privado, mas não faltam normas jurídicas em que os dois interesses se equilibram, não sendo fácil atribuí-las a um campo ou a outro. Há zonas obscuras e campos intermediários; não é possível fazer uma separação nítida.³⁰

24 *Tratado de Direito Civil*, de Cunha Gonçalves, 1.^a ed. brasil., 1956, vol. XII, tomo I, nota à pág. 383.

25-26 *Comentários à Constituição de 1946*, 2.^a ed., 1953, vol. IV, pág. 233; J. Oliveira e Cruz, op. cit., pág. 120; Seabra Fagundes, op. cit., n.º 474, pág. 395; Clovis, *Direito das Coisas*, 1941, vol. 1.º, pág. 223.

27 *Filosofia do Direito Privado*, tradução portuguesa de Henrique de Carvalho, 1915, § 9.º.

28 Filomusi Guelfi, *Enciclopedia Giuridica*, 7.^a ed., 1917, § 39; Pacchioni, *Diritto Civile Italiano*, 1937, parte prima, vol. I, n.º 9; Coviello, *Manuale di Diritto Civile*, vol. I, § 4.º; Semo, *Istituzioni di Diritto Privato*, 5.^a ed., 1948, n.º 33, pág. 25.

29 *Droit Civil*, 1956, tomo I, pág. 62; Alessandro Levi, *Teor. Generale del Diritto*, 1953, n.º 160, pág. 295.

30 Espínola e Espínola Filho, *Tratado de Direito Civil Brasileiro*, 1939, vol. I, n.º 92, pág. 268, que reproduzem Adolfo Rava.

8. A idéia diretriz do instituto da retrocessão foi bem traçada na doutrina italiana: *concentrandosi essa nel riaquistò dei beni vien definita nella dottrina come un diritto legale di compra*.³¹

A dogmática jurídica impõe, por necessidade lógica, a organização racional e sistemática das normas particulares em torno das idéias gerais que lhe são comuns — isto é, dos princípios gerais de direito que as dominam: através da pesquisa e da verificação dos elementos que lhes são comuns, das afinidades de seu conteúdo e de sua finalidade objetiva, as coordena e agrupa em categorias distintas, entrelaçadas pela conexão lógica imposta pela identidade dos princípios gerais que as dominam e que as reúnem sob a unidade de uma denominação genérica.³²

O conjunto das normas coordenadas em direção a um fim comum e as relações que elas visam a regular — escreve o Professor Vicente Ráo — constituem o instituto jurídico.³³

E o elemento fundamental que opera essa polarização, no dizer de Roger Perrot, “não é outra coisa senão o fim colimado pelas normas que compõem o instituto”.

Poder-se-ia dizer mais expressivamente que o tema está intimamente ligado ao das idéias gerais, pois aplicando-se a idéia geral a uma pluralidade de objetos ela implica, por isso mesmo, a formação de uma classe que os reúna sob a unidade de uma denominação e de uma definição comuns.³⁴

Ora, eliminada a feição reivindicatória, que a retrocessão jamais poderia apresentar, como já vimos, somente lhe resta o caráter de direito pessoal à reaquisição do bem em dadas circunstâncias: é a sua virtualidade única.

Esta peculiaridade — direito à reaquisição — é o elemento essencial, permanente, estável, que se apresenta sempre e de maneira semelhante na preempção; é o traço característico e fundamental do *jus protimiseos*, que ocorre, quer por via de convenção, como *pactum adjectum* nos contratos de compra-e-venda, quer por imperativo de lei, como nos casos de condomínio, de enfiteuse e de desvio de finalidade da desapropriação.

9. O instituto da preempção ou preferência (*jus protimiseos*) compreende, também no Direito brasileiro, duas espécies distintas e inconfundíveis: I — a que resulta do contrato, como pacto acessório,

31 Pasquale Carugno, op. cit., pág. 316.

32 Léon Husson, *Les Transformations de la Responsabilité*, 1947, pág. 205; Messineo, *Manuale de Diritto Civile e Commerciale*, 7.^a ed., 1946, vol. I, pág. 27; Del Vecchio, *Direito, Estado e Filosofia*, 1952, págs. 128-133; Ascoli, *La Interpretazione Delle Leggi*, 1928, pág. 79; Cogliolo, op. cit., § XIV; Marty et Raynaud, op. cit. n.º 60, págs. 91-94; Roger Perrot, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, 1953, pág. 6 — Marty et Raynaud, op. cit., n.º 60, págs. 92-93.

33 *O Direito e a Vida dos Direitos*, vol. 1.º, n.º 158, pág. 251; Stolfi, *Diritto Civile*, 1919, vol. I, n.º 158, pág. 119.

34 Léon Husson, op. cit., pág. 182.

ou *pactum adjectum*,³⁵ pelo qual fica assegurado ao alienante o direito de pretender, no caso de transmissão da coisa a terceiro por ato *inter-vivos*, a preferência de adquiri-la em igualdade de condições;³⁶ e esta espécie é exatamente a anunciada por Hermogeniano no frag. 75 — *de contrah. empt.*, 18, 1;³⁷ II — a que resulta da lei e compreende várias subespécies, a saber: a) — a do senhorio direto e do foreiro (Código Civil, arts. 683 e 684); b) — a do condômino (Código Civil, arts. 632 e 1.139); e c) — a do ex-proprietário no caso de desapropriação de finalidade desvirtuada (Código Civil, art. 1.150).

10. Não é possível confundir a preempção convencional e a preempção legal, imprópriamente denominada “retrocessão”, resultante do desvio de finalidade do bem desapropriado, embora pertençam ambas ao mesmo gênero.

São perfeitamente distintas as duas espécies, uma regulada no art. 1.149, outra no art. 1.150 do Código Civil; e assim já o disse, com singeleza e naturalidade, o ilustre Tribunal de Justiça da Paraíba: “A preferência ou preempção, nos termos em que a conceitua o art. 1.149 do Código Civil, é a cláusula convencional, adjecta ao contrato de compra-e-venda, segundo a qual fica o comprador ou adquirente obrigado a comunicar o fato ao vendedor primitivo, para que este, em igualdade de condições, prefira na aquisição a todos os demais pretendentes. Além dessa preferência convencional, resultante do acôrdo das partes, há a preferência legal, denominada retrocessão, estabelecida no art. 1.150 do referido Código em favor do expropriado, quando o imóvel não tiver o destino para que se desapropriou”.³⁸

11. Apesar da clareza do assunto, ainda há, incompreensivelmente, juristas que o desconheçam; e porque não o estudaram de raiz, afirmam que o instituto da retrocessão “já não existe em nosso Direito”; no regime atual — segundo esses juristas — teria a retrocessão sido reduzida “à categoria de simples direito de prelação”, de sorte que só seria exercitável, como acontece na preempção convencional, quando se pretendesse vender a *res*.³⁹

É uma erronia palmar.

A atual lei de desapropriações não banuiu de nosso Direito o instituto da retrocessão — e isso mesmo está escrito inequivocamente na

35 Biondo Biondi, *Contratto e Stipulatio*, 1953, págs. 155 e segs.; Maynz, op. cit., tomo II, § 195, n.º 4, pág. 136, e § 249, pág. 370.

36 Código Civil, art. 1.149; Código de Processo Civil, arts. 311-313; M. I. Carvalho de Mendonça, *Contratos no Direito Civil Brasileiro*, 1911, tomo I, n.º 152, pág. 538; Carvalho Santos, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. XVI, pág. 232; Sebastião de Sousa, *Da Compra-e-Venda*, 1946, págs. 378 e segs.; Denis Tallon, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1951, pág. 208; De Martini, op. cit., págs. 98 e segs.; Greco, *Riv. del Dir. Comm.*, 1948, II, págs. 231-243.

37 Glück, op. cit., liv. XVIII, § 990, págs. 502-503; Maynz, op. cit., § 249, n.º 2, pág. 373; Aubry et Rau, op. cit., vol. 5.º, § 352, pág. 44.

38 Cf. Alexandre de Paula, *O Processo Civil à luz da Jurisprudência*, vol. XI, n.º 16.536, pág. 365.

39 *Revista dos Tribunais*, vol. 217/161: decisão todavia reformada *ut Revista dos Tribunais*, vol. 229/121, que, em extremo oposto, afirmou o caráter reivindicatório.

exposição de motivos do Sr. Ministro da Justiça, assim como no Código Civil, art. 1.150.

Simplemente procurou preservar a sistematização e a coordenação lógica das normas legais a que está submetida essa espécie — pertencente ao gênero *preempção* — e estas regras, bem por isso, pela necessidade técnica de classificação sistemática de suas disposições em torno do instituto, não poderiam manter-se esparsas e deslocadas na lei especial.

Com o proibir a reivindicação dos bens incorporados à Fazenda Pública,⁴⁰ a lei não degradou nem desmereceu a retrocessão, que jamais teve ou poderia ter a seqüela da reivindicatória, francamente espúria, uma vez que o ex-proprietário já não tem domínio que o habilite a usar da ação real.

Sempre, aqui e em toda a parte, a retrocessão foi mesmo, simplesmente, “direito de preempção”: e como tal se acha expressamente qualificada em nosso Direito desde a promulgação do Código Civil.

12. Nem por isso, todavia, a retrocessão, como preempção legal, se confunde com o pacto de prelação ou preempção convencional: são espécies do mesmo gênero, porém inconfundíveis.

A diferença específica — predicável que exprime os caracteres de cada espécie, além dos caracteres do gênero, ou melhor, que apresenta os elementos da compreensão da espécie — permite distinguir nítida e precisamente a prelação legal resultante da expropriação, como espécie autônoma e diversa da prelação contratual.

Assim é que a prelação legal, ou retrocessão (Código Civil, artigo 1.150), apresenta os seguintes característicos diferenciais: a) — constitui, para o poder expropriante, uma obrigação *ex-lege*, que é consequência direta da garantia constitucional assegurada ao direito de propriedade em todos os países democráticos,⁴¹ ao passo que o pacto de preferência, de natureza convencional, é meramente resultante da vontade das partes, como *pactum adjectum* do contrato de compra-e-venda;⁴² b) o preço, na retrocessão, é o mesmo porque o imóvel foi expropriado (Código Civil, art. 1.150), ao passo que no pacto de preferência há-de ser igual à oferta de terceiros, *tanto por tanto* (Código Civil, arts. 1.149 e 1.155); c) — a execução da obrigação que resulta da preferência legal, chamada retrocessão, independe do desígnio de vender a coisa expropriada, porque, mesmo que haja o firme propósito de não aliená-la,⁴³ a obrigação se torna exigível pelo só e simples fato negativo de o imóvel — dí-lo o Código Civil, art. 1.150 — “não ter

40 Decreto-lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941, art. 35.

41 Adolfo Giaquinto, in *Nuovo Digesto Italiano*, dirigido por Mariano D'Amelio, 1938, vol. V, pág. 656, n.º 23.

42 M. I. Carvalho de Mendonça, op. e vol. cit., n.º 152, pág. 358; frag. 75, — de contrah. empt. 18, 1.

43 Whitaker, op. cit., n.º 145, in fine, pág. 104; Seabra Fagundes, op. cit., n.º 476, pág. 397; Clóvis, *Código Civil Comentado*, 1924, vol. 4.º, págs. 324 in fine, e 325. *Revista dos Tribunais*, vol. 232, pág. 111, in fine.

o destino para que se desapropriou”, ao passo que no pacto de preferência a obrigação apenas surge quando o proprietário quiser vender a coisa (Código Civil, art. 1.149, e Código de Processo Civil, art. 311, e Aubry et Rau, op. cit., § 349, pág. 11, princ.).

13. Em função de sua mesma natureza — e bem ao revés do que ocorre com a preferência convencional — a obrigação de retrocessão imposta ao poder expropriante não depende da circunstância accidental de êsse expropriante manifestar o propósito de alienar a coisa expropriada: basta que deixe de empregá-la segundo a declaração de desapropriação.⁴⁴

A obrigação nasce do simples fato de a coisa expropriada “não ter o destino para que se desapropriou”, isto é, da “adestinação”, no exprimir eloquentemente técnico do conspícuo Pontes de Miranda: tal é a determinação do art. 1.150 do Código Civil.

Nada mais é necessário do que a simples disfunção ulterior da causa da desapropriação.

É, mesmo, *caratteristico della concezione moderna* — escreve Emilio Betti — *che la legge può attribuire a fatti e stati oggettivamente determinati virtù di produrre un'obbligazione anche prescindendo dal comportamento, lecito o illecito individuale.*⁴⁵

14. A razão desta diferença específica está em que a preempção contratual há-de atuar somente no caso de alienação, porque o que se contém nesse pacto é precisamente uma obrigação de “dar preferência ao beneficiário se e quando o promitente se decidir a vender”, de modo que consiste *in facto a voluntate pendente*, sendo necessário um concurso de circunstâncias que induzam quem compra hoje a alienar amanhã, como se exprime Coviello — o que quer dizer que êste pacto, por sua índole e por sua finalidade mesmas, somente é pôsto em funcionamento quando o promitente deliberar a alienação da coisa, ou segundo as expressões de Grecco: *il beneficiario della prelazione non ha diritto a la conclusione, ma solo di essere preferito ad altro contraente se en in quanto un contratto abbia luogo.*⁴⁶

Já a preempção legal específica da expropriação constitui garantia funcional da causa do decreto expropriatório: é a contrapartida da garantia constitucional da propriedade.

44 Whitaker, op. cit., n.º 145, *in fine*, pág. 104; Seabra Fagundes, op. cit., n.º 476, pág. 397; Clóvis, Código Civil Cimentado, 1924, vol. 4.º, pág. 324, *in fine*; Pontes de Miranda, op. cit., vol. IV, págs. 234 e 225; Revista dos Tribunais, vol. 232/108.

45 Teor. Gen. Delle Obligationi, 1954, vol. III, pág. 50, princ.

46 Op. e loc. cit.; Angelo de Martini, op. cit., págs. 81 e 97 e segs.; Coviello, Enciclopedia Giuridica Italiana, vol. III, parte III, sez. II, pág. 101, n.º 27. Esta índole tem levado muitos juristas a afirmar que a estrutura do pacto de prelação o aproxima da promessa unilateral de venda, que vincula o proprietário da coisa: cf. Mes-sineo, Manuale di Diritto Civile e Commerciale, 7.ª ed., 1947, vol. III, pág. 24; Jean Carbonnier, Rev. Trim. de Droit Civil, 1954, pág. 232; cf. Beudant, op. cit., tomo XI, n.º 320; Planiol et Ripert, Traité Pratique de Droit Civil Français, tomo X, por Hamel; Serpa Lopes, Curso de Direito Civil, vol. III, n.º 208, pág. 303. Contra: Barassi, op. e loc. cit.

15. Se fôsse dado argumentar em termos do Direito Romano, seria o caso de dizer que a violação da preferência convencional se repararia mediante a *actio ex vendito*.⁴⁷

Já o desvirtuamento ou a não realização da causa da expropriação corresponderia à situação jurídica que no Direito Romano era tendida pela *condictio causa data causa non secuta* — ação de repetição introduzida no Direito Civil contra aquêle que recebeu a transmissão de uma coisa em virtude de uma causa esperada que não veio a realizar-se.

Em tal situação não havia possibilidade de ação judicial com fundamento na convenção celebrada entre as partes porque originariamente nem o *tradens* nem o *accipiens* haviam tido intenção de repetir e de restituir a coisa mais tarde.⁴⁸

Tampouco seria possível a reivindicatória, pois a transmissão já consumada a *eu par pour effet de faire perdre la propriété au "tradens" et de la transmettre à l'"accipiens"*; *dès lors plus de revendication dans le chef du premier*.⁴⁹

Daí a criação da *condictio*, cujo fundamento era a equidade.⁵⁰

Vê-se, pois, claramente que no plano judicial a diferença entre a preempção convencional e a chamada retrocessão vai da *actio ex vendito* à *condictio causa data causa non secuta*: a primeira nascia quando o pacto era violado e tinha como fundamento a convenção; a segunda nasce quando a causa esperada na transmissão deixava de se realizar: e tinha fundamento na equidade.

16. O fundamento legal da obrigação de retrocessão é a garantia mesma, assegurada ao direito de propriedade.

Assim instrui o ilustre Professor Adolfo Giaquinto: *Come s'è detto, l'espropriazione è effettuabile per attuare pubbliche utilità e su bene che siano imprescindibilmente necessari a ciò: ora quando tale estremo d'inevitabilità risulta escluso in modo obbiettivo dal comportamento stesso dell'espropriante, a seguito della compiuta espropriazione, cessa la base giustificativa del sacrificio del bene privato. Mantenere, ciò non ostante, integro il diritto dell'espropriante a trattenere il bene, non più utile al fine pubblico per il quale fu effettuata la espropriazione, significherebbe possibilità d'utilizzazione del bene espropriato in modo difforme dalla destinazione, in contemplazione della quale fu fatta l'espropriazione cennata*.⁵¹

Expressara-se da mesma forma a *Relazione alla legge di espropriazione*, de Pisanelli, quando justificou a retrocessão, acolhida no art. 60 da lei italiana de 1865.⁵²

Por outro lado, como observou Pontes de Miranda, "é preciso que se não confunda necessidade pública, ou utilidade pública, com o ser

47 Frag. 71 — de contrah. empt., 18,1.

48 Maynz, op. e vol. cit., § 275, pág. 481. Glück, op. cit. liv. XII, § 820.

49 Maynz, op. e loc. cit., nota 4.

50 Frag. 66 — de conditione indebiti, 12, 6: "*Hace condictio ex bono et aequo introducta, quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocare consuevit*". Cf. também o frag. 65, h. t.

51 Op. cit., vol. V, pág. 656, n.º 23.

52 Cf. Stolfi, op. cit., vol. II, n.º 370, pág. 267, nota 1.

necessário ou útil ao patrimônio dito *dominical* (Código Civil, art. 66, n.º III) do Estado. Não há desapropriação porque o bem convenha à Fazenda Pública, porque aí se trata de interesse privado da União, do Estado-membro, ou do Município (W. von Rohland, *Zur Theorie und Praxis*, 15, C. F. Grünhut, *Das Enteignungsrecht*, 79), como se o Estado precisa do prédio para instalar a administração dos seus bens dominicais, ou porque, com a área expropriada, vizinha a prédio seu, conseguiria maior preço por metro quadrado ou de frente”.⁵³

17. Surge, pois, a obrigação de retrocessão logo que desapareça o pressuposto — a condição constitucional⁵⁴ — que fundamentou a desapropriação.⁵⁵

18. A análise aprofundada do instituto permite realmente induzir de sua estrutura dogmática o mesmo princípio geral que domina a *condictio causa data causa non secuta*, do Direito Romano — ação pessoal tendente à restituição da coisa transmitida, ou à indenização de perdas e danos, que se originava da não realização da causa por força da qual se havia operado a transmissão da propriedade.⁵⁶

Adotando o raciocínio magistral de Emilio Betti, desenvolvido acêrca do pagamento indevido e do enriquecimento sem causa, poderíamos dizer também que o elemento que produz a obrigação de retrocessão é, igualmente, a falta de motivo objetivo que justifique a conservação do bem desapropriado — motivo que na técnica emiliana se denomina *titulus retinendi*.⁵⁷

É preciso distinguir: a) o *modus acquirendi* considerado como causa de aquisição; b) o *titulus acquirendi*; e c) o *titulus retinendi*.

A qualificação adotada, de *titulus retinendi*, pressupõe conceitualmente uma distinção nítida entre *aquisição* e *conservação*.

É *possibile, infatti* — escreveu Betti⁵⁸ — *che acquisto sia regolarmente avvenuto in virtù di un valido “modus acquirendi” e che l'atto di acquisto, ove si tratti di negozio, avesse la sua causa; ciò non basta, però, per affermare che l'evento di tale atto, cioè l'acquisto sia definitivamente giustificato. Si pensi, ad esempio, al pagamento d'indebito, la “causa” di questo negozio è certamente esistente al momento dell'atto, ed è identificabile nella “solutio”, ma per dire che — avuto riguardo alla sua funzione satisfattoria — l'acquisto sia definitivamente giustificato, dobbiamo ancora distinguere fra “azione” ed “evento”. Accade qui, infatti, che, anche se l'azione di trasferimento, nel momento in cui*

53 Op. e vol. cit., pág. 247, *in fine*.

54 Constituição federal, art. 141, § 16.

55 Arturo Lentini, op. cit., pág. 249, n.º 3; Pasquale Carugno, op. cit., pág. 319; Paul Duez et Guy Debeyre, op. cit., n.º 1158, pág. 846; Hector Lafaille, op. cit., vol. I, n.º 537, pág. 421; Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil*, 1.ª ed. bras., 1956, vol. XII, tomo I.

56 D., *De condictione causa data causa non secuta*, 12, 1; Glück, op. cit., liv. XII, §§ 820 a 822; Maynz, op. cit., vol. II, §§ 275 e 276; Pacchioni, op. cit., 3.º, págs. 118-120; Windscheid, *Diritto Delle Pandette*, tradução italiana de Fadda e Bensa, 1930, vol. II, §§ 427 e 428.

57 Emilio Betti, op. e vol. cit., pág. 140.

58 *Ibidem*, pág. 144.

fu posto era regolare, obbediva, cioè, ad una sua causa tipica, tuttavia se si guarda al risultato, cioè all'evento ottenuto, si vede che questo non appaga ne adempie la funzione satisfattoria, poichè manca un presupposto per il funzionamento della causa del negozio. I altri termini, la solutio, non avendo riscontro in un debito preesistente, non può raggiungere il risultato satisfattorio cui è destinata. Pur sussistendo la causa al momento dell'atto, manca, in questo come in altri caso, un idoneo "titulus acquirendi". Diversa, invece, è la situazione nel caso dell'arricchimento ingiustificato in cui, se è vero che l'aumento patrimoniale si è avuto legittimamente, cioè in forza di un valido modo d'acquisto, manca ad esso, tuttavia, un valido "titulus retinendi", manca, cioè, l'intrinseca giustificazione della sua conservazione.

Segundo a mesma ordem de idéias do insigne professor da Universidade de Roma, podemos concluir que a obrigação de retrocessão — exatamente como na técnica referente ao enriquecimento injustificado — exprime uma situação final, que logicamente implica a necessidade de confronto com a situação inicial: verifica-se, então, que a situação final não desempenha função satisfatória por falta do presuposto para o funcionamento da causa da aquisição.

Ocorre, por isso, insuficiência do *titulus retinendi* e se torna ilegítima a conservação, malgrado tenha existido um modo válido de aquisição.

É preciso, pois, não ter medo do vocábulo *retrocessão* que, apesar de sua impropriedade, exprime apenas uma obrigação do poder expropriante, cujo inadimplemento se resolve em perdas e danos.

Últimamente o ilustre Tribunal de Justiça de São Paulo revelou tendência de restaurar a pureza dos princípios que dominam o instituto, como se vê no julgado publicado na *Revista dos Tribunais*, vol. 232, pág. 108: aí a retrocessão foi vista em todo o seu descortino.