DESAPROPRIAÇÃO — RETROCESSÃO — HERDEIROS

— O direito à indenização, no caso de retrocessão, passa aos herdeiros do expropriado.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Delmiro Otero e outros *versus* Estado de São Paulo
Embargos infringentes n.º 104.865 — Relator: Sr. Desembargador DAVI FILHO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de embargos infringentes nº 104.865, da comarca da Capital, em que são embargantes Delmiro Otero e outros, sendo embargada a Fazenda do Estado: Acordam, em sessão do Primeiro Grupo de Câmaras Civis do Tribunal de Justiça do Estado, adotado o relatório de fls. como parte integrante dêste, por maioria de votos, receber os embargos, nos têrmos pleiteados pelos embargantes, ficando, em conseqüência, restabelecida a decisão de primeira instância.

Custas pela embargada.

Na ação ordinária de retrocessão, ou perdas e danos, proposta pelos embargantes contra a Fazenda do Estado, sob a alegação de que esta não se utilizara do imóvel que lhes desapropriara, tendo, ao contrário, proposto sua alienação a terceiros, a decisão de primeira instân-

cia julgou procedente a ação, para condenar a ré a compor perdas e danos, cujo *quantum* se verificaria em liquidação de sentença, com a avaliação do imóvel à data da inicial.

O acórdão embargado, pôsto que reconhecesse que só o fato do Poder Público não ter dado ao imóvel o destino para que foi desapropriado, gerava, para os desapropriados, o direito à indenização por perdas e danos, modificou, em parte, a decisão de primeira instância, entendendo que sòmente em relação à viúva-meeira, e dentro dos limites de sua meação, podia a ação ser julgada procedente. Quanto aos demais autores, entendeu que, sendo o direito a essa indenização personalíssimo, não passa aos herdeiros, nos têrmos do art. 1.157, do Código Civil.

Data venia, entretanto, não tem aplicação ao caso o invocado no art. 1.157, do citado Código. Essa disposição pressupõe o direito de preempção ou preferência.

Conforme o acentuou o voto do eminente Ministro Nelson Hungria, referido pelo Ministro Lafayette de Andrada, no acórdão unânime do egrégio Supremo Tribunal Federal, transcrito na *Jurisprudência do Código Civil*, de Carvalho Filho, pág. 335, "a preempção legal, do mesmo modo que a preempção convencional, só é exercitável quando se pretende revender a *res* e significa apenas um direito de preempção ou preferência à requisição".

Na espécie, entretanto, não se cogita de revender a coisa expropriada àqueles que foram seus proprietários. Aliás, sequer a Fazenda do Estado chegou a oferecê-la a êstes, conforme dispõe o art. 1.150, do Código Civil. Ao contrário, propusera sua alienação a terceiros, mediante permuta.

Em conseqüência, os embargantes, sem a restrição que lhes fêz o acórdão embargado, têm, todos, direito à indenização que pleitearam.

São Paulo, 22 de agôsto de 1961 — *Pinto do Amaral*, Presidente. — *Davi Filho*, Relator — *Francisco Negrisollo* — *Silvio Barbosa*, vencido — *Paulo Barbosa* — *Pinheiro Machado*, vencido.