— Não cabe retrocessão quando o imóvel expropriado tem destino diverso, mas de utilidade pública.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Carmem da Silveira Feijó Bittencourt e outra *versus* Estado da Guanabara
Embargo no recurso extraordinário nº 74 717 — Relator: Sr. Ministro
RODRIGUES ALCKMIM

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plena, na conformidade da ata de julgamento e notas taquigráficas, por maioria de votos, conhecer do embargos e lhes negar provimento.

Brasília, 19 de março de 1975. *Djaci Falcão,* Presidente. *Rodrigues Alckmim,* Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Rodrigues Alckmim: Assim expôs a espécie, na Turma, o eminente Ministro Thompson Flores (fls. 232):

"Perante a 2ª Vara da Fazenda Pública da Guanabara, ajuizaram as recorrentes em 6.12.68, contra o recorrido, ação ordinária em que pedem, fls. 6, *verbis*:

"... seja o Suplicado condenado, por sentença, a *emitir declaração de vontade,*

no sentido de *oferecer* às Expropriadas, ora Suplicantes, "pelo preço por que o foi" (antigos Cr$ 1 377 000,00, C. Civ., artigo 1 150), o imóvel desapropriado, sujeitas as Autoras ao prévio depósito, à disposição do Juízo, dessa contraprestação, para que se concretizem os efeitos da referida declaração de vontade (art. 1 006, § 1º, C. Pr. Civil).

2º — Caso assim não ocorra, pedem as Suplicantes, alternativamente (C. Pr. Civ., art. 153), seja o Suplicado condenado ao ressarcimento de perdas e danos pelos prejuízos causados às desapropriadas nesses longos anos de inação e omissão.

3º — Em qualquer hipótese, uma vez julgada procedente a presente ação, requerem as Suplicantes seja o Réu condenado nas custas e ao pagamento de honorários advocatícios à base de 20% sobre o valor da causa, que se estipula, só para efeitos fiscais, em NCr$ 1 500,00 (hum mil e quinhentos cruzeiros novos)."

Sustentam que, desapropriado em 1948, pelo então Prefeito do DF, e para o fim de atender ao plano de urbanização daquela Capital, o imóvel de sua propriedade, o qual descrevem, com o pagamento do respectivo preço, sucedeu que alterado aquele plano, decorridos vinte e sete anos, o imóvel não teve o destino previsto no decreto desapropriatório, passando a ser ocupado pela Loteria do Estado em questão. Por esta razão, e, invocando normas da Constituição e de leis, visam a procedência da demanda para os fins mencionados.

Contestada e saneada a causa, a tempo, sentenciou o magistrado, dando por sua improcedência, fls. 106-23.

Apelaram as autoras vencidas. Sem resultado, porém, eis que o eg. Tribunal de Justiça, por sua 5ª Câmara Civil, unanimemente manteve o decisório apelado.

Data o julgado de 17.8.71, e vem epigrafado com a seguinte ementa, fls. 160:

"O emprego de imóvel desapropriado em fim de utilidade pública, definitivo ou transitório, diverso daquele constante do decreto declaratório da conveniência da desapropriação, não autoriza, necessariamente a retrocessão e muito menos composição de perdas e danos para indenizar expropriado já efetivamente recompensado pela perda compulsória do bem, que continua incorporado ao patrimônio do expropriante.

Sem cabimento, também, falar-se em inobservância do direito de preempção, desde que o imóvel não foi vendido, nem posto à venda pelo novo *dominus*, sem audiência do primitivo proprietário."

Daí o recurso extraordinário, manifestado a fls. 166-73, instruído com a xerocópia de fls. 174-6."

E o recurso extraordinário foi conhecido mas sem obter provimento, conforme decisão assim ementada: (fls. 239).

"Desapropriação. Retrocessão. Preempção. Perdas e danos. Improcedência. Motivação.

II. Descabem as invocadas pretensões porque, embora o bem desapropriado não tenha merecido o destino, originariamente invocado, justificadamente, sua utilização pelo Poder Desapropriante não perdeu a característica de utilidade pública, segundo jurisprudência assente do STF.

III. Recurso extraordinário conhecido pelo dissídio jurisprudencial, mas não provido."

As recorrentes apresentaram estes embargos de divergência.

Alegam que o aresto agora embargado dissente do proferido no RE 30 345 em dois pontos: este último julgado afirma que se o expropriante não der ao imóvel o fim mencionado no decreto expropriatório é obrigado a devolver o imóvel ao proprietário e, em sendo impossível, a indenizar (Decreto-lei nº 3 365, art. 35); e

exige que a tresdestinação se baseie em texto de lei.

Também os acórdão nos RREE 14 454 e 64 559 admitem a modificação da destinação primitiva quando o bem for destinado a fim de utilidade pública, conceituada em lei. No caso, contudo, o imóvel se destinou a loteria do Estado, e a afirmativa do aresto de que tresdestinação se deu justificadamente não corresponde à exigência de que corresponda ela a um dos casos previstos em lei.

O parecer da Procuradoria-Geral da República é do seguinte teor: (Lê fls. 214).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Rodrigues Alckmim (Relator:) O acórdão de segundo grau endossou o entendimento da sentença, de que, ainda que não destinado o imóvel ao fim mencionado no decreto expropriatório (abertura de via pública), estava ele sendo utilizado pelo expropriante (primeiramente, com a instalação de coletoria e, depois, com a de loteria estadual) para o serviço público. O caso não era, pois, de retrocessão ou de indenização.

O recurso extraordinário insistiu em que não era lícito ao expropriante dar destinação outra que não a constante do decreto expropriatório. Se não mais se destinava o imóvel à urbanização, seria preciso "um novo decreto de expropriação do imóvel para nele se instalar a loteria e essa finalidade" "não encerra utilidade pública" (fls. 171).

O acórdão agora embargado, como visto, conheceu do recurso porque entendeu existente dissídio quanto à legitimidade de destinar, o expropriante, o bem expropriado a fim de utilidade pública outro que não o constante do decreto expropriatório. Mas lhe não deu provimento, porque considerou que, se o imóvel foi destinado a fim de utilidade pública (diferente, embora, daquele constante do decreto expropriatório), o caso não era de retrocessão ou de indenização.

Afasto, portanto, como incabível nestes embargos de divergência qualquer discussão sobre ser, ou não, a utilização de prédio para a instalação da loteria estadual, caso de utilidade pública. Este ponto não foi objeto de exame no acórdão recorrido, que somente recolheu a afirmativa do acórdão local a este respeito (v. fls. 162). O tema discutido no acórdão embargado foi só o de saber se a destinação do imóvel a outro fim de utilidade pública, diverso do constante no decreto, justificaria a retrocessão ou indenização.

Portanto, quanto a este ponto restrito conheço dos embargos.

E conhecendo deles em parte, rejeito-os.

Faço-o pela fundamentação mesma do voto do eminente Relator, Ministro Thompson Flores, *verbis*:

"Tanto a sentença como o acórdão desatenderam a pretensão das recorrentes autoras, porque, conquanto não demolido o prédio, desapropriado originariamente em conseqüência do plano de urbanização, foi ele modificado. Todavia, o bem continua no poder do desapropriante, o qual o utiliza, com destinação pública, nos termos a que se refere a Constituição, art. 153, § 22, com o sentido que lhe tem atribuído.

Assim procedendo, claramente se conclui que não ocorreu afronta à norma constitucional invocada, ou negativa de vigência dos preceitos argüidos. É que os julgados de primeiro e segundo graus afinaram com a jurisprudência do STF, como o comprovam os decisórios que seguem: RE nº 64 559, com farta indicação de julgados desta Corte — *RTJ*, 57, p. 46 e segs., 2ª Turma, Rel. Ministro Eloy da Rocha; AR nº 709, Pleno, Rel. Ministro

Thompson Flores; ERE nº 53 771, Pleno, Relator Ministro Barros Monteiro; *Ement. de Jurisp. do STF*, 770/2; e RE 73 459, 1ª Turma, Rel. Ministro Luiz Gallotti, *DJ* de 5.6.72."

E acrescento que se o aresto embargado expressamente se refere à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, invocando o julgado no RE 64 559, é claro que não pode ter divergido do entendimento deste, no sentido de que, embora modificada a destinação primitiva, não existe direito de retrocessão ou preempção legal quando "a coisa desapropriada ainda for empregada para fim de utilidade pública."

Esta foi, como visto, a tese acolhida no acórdão agora sujeito aos presentes embargos. Teve, pois, como existente na atual destinação do prédio caso de utilidade pública. E com este ante-suposto, não objeto de controvérsia, adotou orientação dominante e pacífica neste Supremo Tribunal Federal.

Conheço em parte dos presentes embargos (afastando-o nos temas em que desbordam do conteúdo do acórdão embargado) porque admitida a divergência, na Turma; rejeito-os, porém, pelos próprios fundamentos da decisão recorrida.

VOTO

O Sr. Ministro Cordeiro Guerra: Também rejeito os embargos, e gostaria de aduzir algumas pequenas considerações pertinentes ao caso.

A loteria é uma derrogação da norma penal, e, uma vez derrogada a lei penal, é lícita. Discute-se muito sobre o verdadeiro caráter da loteria. Caieiro da Matta, por exemplo, acha que a loteria é um monopólio fiscal que pode ser concedido ou explorado diretamente pelo Estado. No Brasil, antigamente, era um serviço público concedido, assegurado até por sanção penal. Dizia Nitti que a loteria é um imposto sobre a pobreza, e Cavour que o era sobre a imbecilidade. Mas a verdade é que a melhor orientação é a de que, derrogada a legislação penal, a loteria é um serviço público concedido ou explorado diretamente pelo Estado.

Além dessa tese antiga de Caieiro da Matta (Monopólio Fiscal), há também as dos franceses, como *Frère Jouan Du Saint* (*Jeu et Pari*) e Ullmann (*Traité des Obligations à Primes et à Lots*), que estudaram o assunto e reconheceram que, na derrogação da norma penal, cria-se o imposto.

Por conseguinte, não se pode dizer que o Estado não tenha dado uma utilização de interesse público ao prédio desapropriado, já que, na melhor doutrina, a loteria é um serviço público, concedido ou diretamente explorado pelo Estado, como ensina Carvalho de Mendonça em seu clássico Tratado de Direito Comercial.

Por estas razões, acompanho o eminente Relator, conhecendo em parte dos embargos, mas rejeitando-os.

VOTO

O Sr. Ministro Aliomar Baleeiro: Acho que o serviço público é matéria que não pode ser rigorosamente definida apenas pela experiência histórica, pois a mesma atividade, num país e numa época, foi serviço público, e depois, deixou de ser, e vice-versa. Há inúmeras coisas que foram atividades privadas e hoje são serviços públicos e inúmeras outras, que foram serviços públicos e hoje são meras atividades particulares; a guarda noturna, estradas de pedágio, ensino, etc.

Serviço público é aquilo que a lei declara e institui como serviço público. Então, se uma lei dissesse que loteria era serviço público, seria uma lei nefasta, perni-

ciosa, imoral, mas seria lei. Não conheço nenhuma lei, no Brasil, que diga que Loteria Esportiva é Serviço Público, nem invista a loteria a capacidade de desapropriar.

A meu ver, o Estado da Guanabara agiu abusivamente, entregando esse prédio a uma loteria.

Em resumo, conheço dos embargos e os recebo para conceder a retrocessão, mas sujeitando o embargante à correção monetária do preço por todo o tempo, além de juros de mora.

EXTRATO DA ATA

ERE nº 74 717 — GB — Rel., Ministro Rodrigues Alckmim. Embtes., Carmem da Silveira Feijó Bittencourt e outra (Advs., Mário Pessoa de Oliveira e Geraldo Brindeiro). Embdo., Estado da Guanabara (Adv., Reynaldo de Mattos Reis). (Dec. embda. 2ª Turma, 19.3.73.).

Decisão: Rejeitados os embargos, contra o voto do Ministro Aliomar Baleeiro, que os recebia. Falou, pelos embargantes, o Dr. Mário Pessoa de Oliveira.

Presidência do Sr. Ministro Djaci Falcão. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Aliomar Baleeiro, Eloy da Rocha, Thompson Flores, Antonio Neder, Xavier de Albuquerque, Rodrigues Alckmim, Leitão de Abreu e Cordeiro Guerra. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Bilac Pinto. Procurador-Geral da República, o Professor José Carlos Moreira Alves.