

RECURSO ESPECIAL Nº 1.368.773 - MS (2013/0039269-9)

RELATOR : **MINISTRO OG FERNANDES**
R.P/ACÓRDÃO : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
RECORRENTE : **CESP COMPANHIA ENERGÉTICA DE SÃO PAULO**
ADVOGADO : **RUBENS FERRAZ DE OLIVEIRA LIMA E OUTRO(S) - SP015919**
RECORRIDO : **EXPORTADORA E IMPORTADORA AEROCEÂNICA LTDA - MICROEMPRESA**
ADVOGADO : **ROBERTO DE DIVITIIS E OUTRO(S) - SP026079**
INTERES. : **ESTADO DE SÃO PAULO**
PROCURADOR : **ELIVAL DA SILVA RAMOS E OUTRO(S) - SP050457**

EMENTA

ADMINISTRATIVO. SENDO A DESISTÊNCIA DA DESAPROPRIAÇÃO DIREITO DO EXPROPRIANTE, O ÔNUS DA PROVA DA EXISTÊNCIA DE FATO IMPEDITIVO DO SEU EXERCÍCIO (IMPOSSIBILIDADE DE RESTAURAÇÃO DO IMÓVEL AO ESTADO ANTERIOR) É DO EXPROPRIADO. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE NÃO ESTABELECEU A EXISTÊNCIA DE PROVA DA IMPOSSIBILIDADE DA DEVOLUÇÃO DO IMÓVEL ÀS SUAS CONDIÇÕES ORIGINAIS. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. DESISTÊNCIA QUE DEVE SER HOMOLOGADA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

HISTÓRICO DA DEMANDA

1. Com autorização dada pela Aneel, a Cesp ajuizou diversas ações de desapropriação de imóveis para formação do lago de usina hidrelétrica, entre as quais quatro relativas a imóveis da recorrida. Posteriormente, registra o acórdão recorrido, foram formulados pedidos de desistência das desapropriações, diante do fato de que, por imposição do Ibama, a cota de inundação foi diminuída de 259m para 257m, de sorte que os imóveis foram excluídos da área a ser inundada pelo lago da Usina Hidrelétrica Sérgio Motta.
2. Nos autos da Ação de Desapropriação 021.00.020712-1 foi fixada indenização que hoje monta a cerca de 970 milhões de reais pela inclusão na reparação do direito de exploração mineral de sílex, areia industrial e cascalho.

RELAÇÃO ENTRE OS RECURSOS ESPECIAIS

3. Existem dois Recursos Especiais oriundos dessa desapropriação. Este REsp 1.368.773 tem origem em Agravo de Instrumento oferecido contra decisão que não homologou pedido de desistência formulado em 1º grau, tendo o TJMS decidido que a desistência era, em tese, possível, mas "desde que o desistente comprove que a inundação não afetou fisicamente o imóvel expropriando nem comprometeu a sua finalidade econômica, circunstância não ocorrida na espécie". O REsp 1.527.256, por sua vez, foi interposto nos autos da própria ação de desapropriação, discutindo questões ligadas à indenização fixada.
4. Provido o REsp 1.368.773, com a conseqüente homologação do pedido de desistência formulado em 1º grau, o REsp 1.527.256 fica prejudicado.

É POSSÍVEL A DESISTÊNCIA DA DESAPROPRIAÇÃO A QUALQUER TEMPO, DESDE QUE NÃO SEJA IMPOSSÍVEL O

IMÓVEL SER UTILIZADO COMO ANTES

5. A jurisprudência do STJ consolidou-se no sentido de que é possível a desistência da desapropriação, a qualquer tempo, mesmo após o trânsito em julgado, desde que ainda não tenha havido o pagamento integral do preço e o imóvel possa ser devolvido sem alteração substancial que impeça que seja utilizado como antes. Entendimento fixado a partir do REsp 38.966/SP, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Segunda Turma, julgado em 21/2/1994.

A DESISTÊNCIA É DIREITO DO EXPROPRIANTE E A IMPOSSIBILIDADE É FATO IMPEDITIVO DO SEU EXERCÍCIO - QUESTÃO JURÍDICA - NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ

6. A alegada violação ao art. 267, VIII, do CPC/1973 é passível de conhecimento, não havendo óbice trazido pela Súmula 7/STJ. O problema se resolve por uma questão de direito, pertinente ao ônus da prova.

7. O acórdão recorrido imputou indevidamente à desapropriante o ônus de provar que o imóvel de cuja expropriação pretende desistir não foi afetado fisicamente ou em sua finalidade econômica.

8. Se a desapropriação se faz por utilidade pública ou interesse social, uma vez que o imóvel já não se mostre indispensável para o atingimento dessas finalidades, deve ser, em regra, possível a desistência da desapropriação, com a ressalva do direito do atingido à ação de perdas e danos. Essa desistência só não será possível se já tiver sido pago integralmente o preço, pois nessa hipótese já terá se consolidado a transferência da propriedade do expropriado para o expropriante, ou se tiverem sido feitas alterações de tal monta no imóvel que impeçam que ele possa ser utilizado como antes.

9. A regra é a possibilidade de desistência da desapropriação. Contra essa, pode ser alegado fato impeditivo do direito de desistência, consistente na impossibilidade de o imóvel ser devolvido como recebido ou com danos de pouca monta.

10. Por ser fato impeditivo do direito de o expropriante desistir da desapropriação, é ônus do expropriado provar sua existência, por aplicação da regra que vinha consagrada no art. 333, II, do CPC/1973, hoje repetida no art. 373 do CPC/2015.

O ACÓRDÃO RECORRIDO NÃO ESTABELECEU A IMPOSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO DO IMÓVEL AO SEU ESTADO ANTERIOR

11. O acórdão recorrido não dispôs como fato que estava provado ser inviável restituir o imóvel como se encontrava antes. O que ele estabeleceu é que a Cesp não tinha feito essa prova, tanto que deixou aberta a possibilidade de novo pedido de desistência no futuro, como se vê do trecho final do voto do relator: "Ressalvo, contudo, que, em sendo comprovado, sem sombra de dúvidas, após a conclusão da fase de instrução processual, que realmente não foram nem serão afetados os imóveis da requerida pelas diversas fases do represamento, obviamente que a desistência poderá ser requerida novamente, para que o processo não se transforme em meio de enriquecimento ilícito da exproprianda" (fls. 989-990).

EMENTA DO ACÓRDÃO RECORRIDO JÁ MOSTRA A INVERSÃO INDEVIDA DO ÔNUS DA PROVA

12. A própria ementa do acórdão recorrido afirma que "É possível, diante do

interesse público, a desistência de ação expropriatória de área localizada em região de alagamento de usina hidrelétrica, mesmo após a fase de contestação e reconvenção, ainda que já tenha sido levantado o depósito indenizatório prévio, mas desde que o desistente comprove que a inundação não afetou fisicamente o imóvel expropriando nem comprometeu a sua finalidade econômica, circunstância não ocorrida na espécie" (fl. 991).

**DAS QUATRO DESAPROPRIAÇÕES DE ÁREAS CONTÍGUAS,
O TJMS HOMOLOGOU A DESISTÊNCIA DE DUAS**

13. Eram quatro as ações de desapropriação ajuizadas pela Cesp contra a mesma empresa. Além dos processos 021.00.020712-1 e 021.00.030741-0, ainda em curso, havia os processos 021.00.020711-3 e 021.00.000013-3, nos quais a desistência das desapropriações foi homologada pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul.

14. A homologação da desistência da desapropriação 021.00.000013-3 foi feita nos autos do Agravo 020.02.007781-0, que recebeu a ementa: "AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO – INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE DESISTÊNCIA DA AÇÃO – DESAPROPRIAÇÃO DO IMÓVEL QUE DEIXOU DE SER ÚTIL E NECESSÁRIA – PREVALÊNCIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PARTICULAR – RECURSO PROVIDO. Desaparecendo o interesse público em desapropriar certa área, em virtude da limitação da cota de operação e com o não-alcance do mesmo imóvel pelas águas da represa, deve ser deferido o pedido de desistência da ação, já que não se pode obrigar a agravante a adquirir um bem imóvel com dinheiro público e, tampouco, condená-la a pagar indenização por algo que não precisa nem deve integrar seu patrimônio, visto que prevalece o interesse coletivo sobre o particular".

15. E do voto consta a observação: "... é de se estranhar o presente caso, já que diverso dos outros casos de desapropriação que chegam ao Poder Judiciário, neste o expropriado quer seja o bem adquirido pelo expropriante. Se a agravada valoriza tanto o bem e dele retira um quantum monetário que lhe interessa, através de exploração de minerais, deveria então estar sendo a favor da desistência" .

**OBRIGAR O PODER PÚBLICO A FICAR COM BEM
DE QUE NÃO PRECISA VIOLA A CONSTITUIÇÃO**

16. A Constituição, no seu art. 5º, XXIV, estabelece que "a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social". Obrigar o poder público a ficar com um bem de que não precisa certamente não atende nenhuma dessas finalidades, mas apenas o interesse particular do expropriado que, aparentemente, acredita que jamais conseguirá obter com a venda de cascalho e produtos do gênero o valor bilionário arbitrado como indenização.

**INVERTER O ÔNUS DA PROVA VIOLA O
DEVIDO PROCESSO LEGAL E O PRINCÍPIO DA
PREPONDERÂNCIA DO INTERESSE PÚBLICO**

17. Da mesma forma, na hipótese dos autos, inverter o ônus da prova em detrimento do ente público viola a cláusula do devido processo legal, estabelecida no art. 5º, LIV, da Constituição; foi o que fez o acórdão recorrido. E, no caso, há o agravante de que é até intuitivo que, não sendo mais inundada

Superior Tribunal de Justiça

a área, a mineração poderá ser retomada, razão pela qual mais lógico ainda é exigir que seja a empresa a ter o ônus de demonstrar a impossibilidade de voltar a exercer a atividade de areia industrial, cascalho e sílex no local.

18. Em última *ratio*, é a coletividade que terá de pagar cerca de um bilhão de reais por direitos minerários que, é razoável pensar, se tivessem mesmo esse valor, seriam bem recebidos de volta por seu titular.

CONCLUSÃO

19. Como a regra é a possibilidade de desistência da desapropriação, o desistente não tem de provar nada para desistir, cabendo ao expropriado requerer as perdas e danos a que tiver direito por ação própria. Pretendendo o réu, porém, impedir a desistência, poderá alegar que não há condição de o bem ser devolvido no estado em que recebido ou com danos de pouca monta, mas é seu o ônus da prova.

20. No caso concreto, não cabia à Cesp fazer a prova pretendida pelo acórdão recorrido. Ela, como expropriante, tinha o direito de desistir da desapropriação, com base no art. 267, VIII, do CPC/1973, podendo a Aeroceânica buscar a reparação de perdas e danos em ação própria. Se esta pretendia impedir a desistência sob o fundamento de que a sua atividade mineradora tinha sido inviabilizada, cabia a ela provar esse fato impeditivo do direito de desistência e não o contrário.

21. Recurso Especial parcialmente conhecido, no que tange à alegação de violação ao art. 267, VIII, do CPC/1973, e, nessa parte, provido para homologar o pedido de desistência da desapropriação formulado pela Cesp em 1º grau, ressalvado o direito da Aeroceânica promover ação de perdas e danos para reparação de prejuízos que eventualmente lhe tenham, concretamente, sido causados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: ""Renovado o julgamento, após o voto do Sr. Ministro Francisco Falcão, acompanhando a divergência inaugurada pelo Sr. Ministro Herman Benjamin, a Turma, por maioria, conheceu em parte do recurso e, nessa parte, deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Herman Benjamin, que lavrará o acórdão. Vencidos o Sr. Ministro Og Fernandes e a Sra. Ministra Assusete Magalhães." Votaram com o Sr. Ministro Herman Benjamin os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques e Francisco Falcão.

Dr(a). RUBENS FERRAZ DE OLIVEIRA LIMA, pela parte RECORRENTE: CESP COMPANHIA ENERGÉTICA DE SÃO PAULO

Dr(a). ROBERTO DE DIVITIIS, pela parte RECORRIDA: EXPORTADORA E IMPORTADORA AEROCEÂNICA LTDA

Dr(a). PEDRO UBIRATAN ESCOREL DE AZEVEDO, pela parte INTERES.: ESTADO DE SÃO PAULO"

Brasília, 06 de dezembro de 2016(data do julgamento).

Superior Tribunal de Justiça

MINISTRO HERMAN BENJAMIN
Relator



RECURSO ESPECIAL Nº 1.368.773 - MS (2013/0039269-9)

RECORRENTE : CESP COMPANHIA ENERGÉTICA DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RUBENS FERRAZ DE OLIVEIRA LIMA E OUTRO(S) -
SP015919
RECORRIDO : EXPORTADORA E IMPORTADORA AEROCEÂNICA LTDA -
MICROEMPRESA
ADVOGADO : ROBERTO DE DIVITIIS E OUTRO(S) - SP026079
INTERES. : ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : ELIVAL DA SILVA RAMOS E OUTRO(S) - SP050457

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Trata-se de recurso especial interposto pela Companhia Energética de São Paulo – CESP, fundado nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, contra acórdão oriundo do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, vazado nos termos da seguinte ementa (e-STJ, fl. 991):

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO EXPROPRIATÓRIA DE ÁREA LOCALIZADA EM REGIÃO DE USINA HIDRELÉTRICA - PEDIDO DE DESISTÊNCIA ANTES DE ENCERRADA A FASE PROBATÓRIA QUE DEFINIRIA SE O IMÓVEL FOI OU NÃO AFETADO PELA INUNDAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE.

É possível, diante do interesse público, a desistência de ação expropriatória de área localizada em região de alagamento de usina hidrelétrica, mesmo após a fase de contestação e reconvenção, ainda que já tenha sido levantado o depósito indenizatório prévio, mas desde que o desistente comprove que a inundação não afetou fisicamente o imóvel expropriando nem comprometeu a sua finalidade econômica, circunstância não ocorrida na espécie.

O referido julgado foi objeto de embargos de declaração, rejeitados nestes termos (e-STJ, fl. 1.011):

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO, COM VISTAS A SUPRIR OMISSÃO PARA FINS DE PREQUESTIONAMENTO - DESNECESSIDADE DE MENCIONAR NO ACÓRDÃO OS DISPOSITIVOS LEGAIS INVOCADOS NO RECURSO - REJEITADOS.

Admite-se, excepcionalmente, a oposição de embargos declaratórios para fins de prequestionamento, mas os julgadores não estão obrigados a exaurir a matéria, respondendo um a um os questionamentos decorrentes dos dispositivos legais mencionados pela parte, se encontrado, na tese defendida pelo recorrente, motivo

Superior Tribunal de Justiça

suficiente para fundamentar a decisão.

Em suas razões, a recorrente aponta ofensa ao art. 267, VIII, do Código de Processo Civil, na medida em que o Tribunal de origem assentou a impossibilidade de desistência da ação de desapropriação movida para a formação do lago da Usina Hidrelétrica Engenheiro Sérgio Motta.

Aduz que o aresto impugnado dissentiu da jurisprudência desta Corte Superior e do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo quanto à desnecessidade de revogação do Decreto de utilidade pública para a formulação do pedido de desistência da ação de desapropriação, e da necessidade de prova cabal por ocasião da desfiguração do imóvel, que entende poder se dar enquanto não se efetue a indenização definitiva.

Colaciona precedentes deste Superior Tribunal de Justiça e de outros Tribunais de Justiça, com o fito de caracterizar o dissídio jurisprudencial proposto.

Quanto ao argumento atinente à descaracterização do imóvel, assevera que tanto o magistrado primevo quanto o Tribunal *a quo* incorreram em erro por deixar de apreciar prova robusta produzida naquele instrumento, concernente às fotografias que corroborariam as assertivas da recorrente, e que a decisão estaria contrária às provas dos autos.

Sustenta que a Corte estadual, escorada em uma premissa falsa, decidiu a questão com base em laudo pericial incompleto e impugnado a respeito da descaracterização do imóvel, utilizado como prova emprestada e não submetida ao crivo do contraditório.

Alega que a expropriante nunca chegou a ser imitada na posse do imóvel, e por não lhe ter dado destinação o imóvel encontra-se em perfeitas condições para a simples restituição.

Ressalta que "em nenhum momento restou provado que o enchimento do lago na cota permitida inviabilizou as atividades da recorrida" (e-STJ, fl. 1.070), e que no vertente caso não houve um decreto expropriatório para o imóvel, mas uma Resolução da ANEEL, "facultando a expropriação de terras que se fizerem necessárias à formação do lado da Usina do Porto Primavera dentro de um limine

Superior Tribunal de Justiça

de 62.855,5320 ha (sessenta e dois mil, oitocentos e cinquenta e cinco hectares, cinquenta e três deciares e vinte centiares), abrangendo diversos municípios nos Estados de Mato Grosso do Sul e São Paulo" (e-STJ, fl. 1.070).

Assevera que referida resolução, revestida de decreto expropriatório, perdeu sua eficácia em 24/2/2004, porquanto não renovada pela ANEEL.

Pugna, assim, pelo provimento do recurso especial para autorizar a desistência do processo expropriatório.

Contrarrazões recursais apresentadas às e-STJ, fls. 1.160-1.177.

Admitido o recurso especial na origem (e-STJ, fls. 1.186/1.187), subiram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal, por meio do parecer de e-STJ, fls. 1.206/1.210, opinou pelo não conhecimento do recurso especial.

A Segunda Turma, na Sessão do dia 17/11/16, por unanimidade, deferiu o pedido de intervenção do Estado de São Paulo no feito, com efeitos a partir daquela oportunidade.

Prosseguindo-se no julgamento do presente recurso especial, verificou-se a existência de empate, razão pela qual o julgamento foi renovado para aguardar a presença do em. Min. Francisco Falcão, nos termos do art. 162, § 5º, do RISTJ.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.368.773 - MS (2013/0039269-9)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (Relator): Para melhor entender o contexto do presente caso, impende fazer uma breve abordagem histórica do feito.

A Companhia Energética de São Paulo – CESP, promoveu ação de desapropriação em face de Exportadora e Importadora Aeroceânica, com vistas à aquisição de dois imóveis descritos nas plantas de referência PP-II-PR-D 307 e PP-II-PR-D 313, para a formação do lago da Usina Hidrelétrica Engenheiro Sérgio Motta, que tinha autorização da ANEEL e do IBAMA para utilizar o nível operacional de 259m acima do nível do mar.

A expropriante elaborou laudo de avaliação das propriedades, e efetuou depósito no valor de R\$ 322.883,86 (trezentos e vinte e dois mil oitocentos e oitenta e três reais e oitenta e seis centavos), destinados à recomposição patrimonial das terras e das benfeitorias ali existentes.

Nesse momento a expropriada ofereceu reconvenção nos autos da ação de desapropriação, pleiteando que fosse acrescida à indenização das terras e das benfeitorias, indenização pela perda dos direitos de exploração mineral que a empresa desenvolvia no referido terreno com a autorização dos órgãos competentes.

Foi deferida pelo Juízo primário a imissão na posse dos terrenos, e autorizado o levantamento de 80% dos valores correspondentes (e-STJ, fls. 487/489), sendo requerido pela expropriante o sobrestamento da imissão prévia na área expropriada, até a renovação da licença de operação do lago da usina na cota em que se encontrava o imóvel expropriado.

Logo em seguida, a expropriante formulou pedido de desistência da ação de desapropriação, argumentando que a Licença de Operação n. 121/00, emitida pelo IBAMA, limitou o enchimento do lago somente até a cota de 257m acima do nível do mar, sob pena de se ter caracterizado crime ambiental, desaparecendo, assim, o interesse público na expropriação, pois o imóvel estaria

fora da área de inundação.

O magistrado de piso indeferiu o pedido de desistência, em virtude da ausência de ato administrativo válido para tanto, entendendo não ser a CESP ente legítimo à formulação de tal pleito.

Dessa decisão, foi interposto o agravo de instrumento que consubstancia o objeto do presente feito.

Ainda no curso da ação principal, para o fim de atestar e quantificar os requeridos direitos minerários, a expropriada propôs uma ação cautelar de produção antecipada de provas, que apurou as condições dos imóveis diante da formação do lago da usina, o impacto nas atividades desenvolvidas pela empresa, e o valor das jazidas de minério que a empresa deixaria de explorar.

Ao apreciar o recurso de agravo de instrumento da CESP, o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso superou a questão em que se escorava a decisão agravada, entendendo não ser exigível a revogação individualizada do ato expropriatório, até porque o referido ato englobava diversos imóveis que seriam utilizados para a mesma finalidade.

Todavia, com base nos elementos coligidos nos autos, a Corte estadual decidiu pelo indeferimento do pedido de desistência, tendo em vista a ausência de provas da não afetação dos terrenos e das atividades desenvolvidas pela expropriada, ressalvando, contudo, a possibilidade de que novo pedido fosse apresentado no Juízo processante, munido de provas que atestem a não afetação dos imóveis.

E é contra o referido acórdão que se volta o recurso especial ora em exame.

Como se deduz do acima relatado, a recorrente pretende que seja declarado seu direito à desistência do processo de desapropriação por utilidade pública de imóvel, cujo direito de exploração mineral fora avaliado em R\$ 83.132.410,57 (oitenta e três milhões cento e trinta e dois mil quatrocentos e dez reais e cinquenta e sete centavos).

Toda a argumentação desenvolvida pela CESP desde as instâncias de origem se amparam basicamente nas seguintes assertivas:

Superior Tribunal de Justiça

- I. A CESP nunca se imitiu na posse dos terrenos da empresa recorrida;
- II. A redução, pelo IBAMA, do limite operacional da usina hidrelétrica, alterando a cota de alagamento inicialmente prevista em 259m, para 257m acima do nível do mar, fez com que o rio mantivesse sua calha natural, não atingindo as propriedades da recorrida;
- III. A mineradora nunca deixou o imóvel e nunca interrompeu suas atividades de extração mineral;
- IV. A desnecessidade de prosseguir com a expropriação de uma área de que o Poder Público não precisará, evitando o indevido gasto de dinheiro público.

Todavia, o recurso especial não supera o exame de admissibilidade, como bem se destacou na percuciente manifestação do Ministério Público Federal, da lavra da eminente Subprocuradora-Geral da República Dra. Gilda Pereira de Carvalho.

Primeiramente, no que se refere à interposição do recurso com base na alínea "c" do permissivo constitucional, esta Corte tem decidido, reiteradamente, que, para a correta demonstração da divergência jurisprudencial, deve haver o cotejo analítico, expondo-se as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, a fim de demonstrar a similitude fática entre os acórdãos impugnado e paradigmas, bem como a existência de soluções jurídicas diferentes, nos termos dos arts. 541, parágrafo único, do CPC e 255, § 2º, do RISTJ.

No entanto, na hipótese dos autos, não houve essa demonstração, uma vez que a parte recorrente se limitou a citar ementas de julgados, sem proceder à necessária realização do cotejo analítico.

Ainda que superado esse ponto, impende frisar que os precedentes colacionados pela recorrente dizem com a possibilidade de desistência do processo de expropriação de imóveis que guardam as mesmas características de antes da imissão na posse, enquanto o acórdão recorrido assentou não haver prova do não comprometimento da área do imóvel pelo enchimento do lago da usina. Essa circunstância, portanto, também inviabiliza o conhecimento do recurso

pela divergência, haja vista a ausência de similitude fática dos casos.

A respeito desse assunto, o seguinte julgado:

PROCESSUAL CIVIL. [...] DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL.

[...]

2. Nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, a divergência jurisprudencial, autorizativa do recurso especial interposto com fundamento na alínea "c" do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, requer comprovação e demonstração, esta, em qualquer caso, com a transcrição dos trechos dos acórdãos que configurem o dissídio, mencionando-se e cotejando-se as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, não se oferecendo, como bastante, a simples transcrição de ementas ou votos.

[...]

(EDcl no AgRg no AREsp 257.377/MG, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 2/4/2013)

Portanto, o recurso especial não pode se conhecido pelo suscitado dissídio pretoriano.

Antes de examinar o apelo fundamentado na alínea "a" do permissivo constitucional, são necessários alguns esclarecimentos.

O primeiro é que o pedido de desistência da ação de desapropriação perfaz o próprio objeto deste REsp 1.368.773/MS, e se apresenta ainda como pedido incidental no REsp 1.527.256/MS, que versa sobre as demais questões tratadas no curso do indigitado processo expropriatório, e cujo julgamento já se iniciou, encontrando-se com o pedido de vista do eminente Ministro Hermam Benjamim.

O segundo é que não se discute nos autos o momento processual em que foi manifestado o pedido de desistência, sendo certo que poderia ser formulado a qualquer tempo, antes do pagamento do preço, mesmo após o trânsito em julgado da ação, desde que o imóvel possa ser restituído no estado em que recebido, ou com danos de pouca monta.

Este entendimento encontra respaldo na jurisprudência desta Corte:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PÚBLICA. DESISTÊNCIA. AUTORIZAÇÃO ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE IMISSÃO NA

POSSE E DO PAGAMENTO DO PREÇO JUSTO.

1. A jurisprudência da Corte admite a desistência da ação expropriatória, antes da realização do pagamento do preço justo, desde que seja possível devolver ao expropriado o imóvel no estado em que se encontrava antes do ajuizamento da ação.

2. A declaração de desistência de uma ação de desapropriação pode ser efetivada por diversos meios, não se restringindo à edição de lei ou decreto revogando expressamente o decreto expropriatório.

3. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 1.397.844/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/9/2013, DJe 24/9/2013)

Nesse sentido não se opôs o Tribunal de origem, que fez registrar no voto condutor no aresto recorrido:

Como se viu, a principal controvérsia posta neste recurso consiste em saber se é possível ou não, no presente momento, a desistência da ação expropriatória movida pela CESP em face da agravada.

Do ponto de vista jurídico e mesmo do ponto de vista administrativo, entendo que é possível a desistência da expropriatória, mesmo após a citação, se estiver em jogo o interesse público e conforme as circunstâncias, devendo, por isso, cada caso ser analisado em suas particularidades. (e-STJ, fls. 987/988)

A controvérsia então reside, como bem delimitou a Corte *a quo*, em saber se o represamento da Usina inviabilizou ou não as atividades da requerida ou, em caso negativo, se há riscos de que isso venha a acontecer, para que se possa decidir acerca do deferimento ou não do pedido de desistência.

O que se observa, contudo, é que o Tribunal de origem postou como obstáculo ao reconhecimento do direito à desistência, a ausência de provas por parte da recorrente, que amparassem a alegação de que os terrenos da recorrida não seriam atingidos na formação do lago da usina, inviabilizando a atividade econômica ali exercida.

O aresto recorrido decidiu a questão registrando o que se segue (e-STJ, fls. 988/989):

Ultrapassado este óbice, resta saber se o represamento da Usina inviabilizou ou não as atividades da requerida ou, em caso negativo, se há riscos de que isso venha a ocorrer no futuro.

Ora, se tal fato ocorreu ou vier a ocorrer, entendo que não é

possível a desistência, sob pena de afronta ao princípio da instrumentalidade, bem como da economia e celeridade processuais.

Em primeiro lugar, não faz sentido, em se homologando a desistência da ação, remeter a requerida à busca dos meios ordinários, por intermédio de ação autônoma, para obter a composição de eventuais prejuízos, com desprezo da ação reconvenção ajuizada, cujo aforamento não é vedado, expressamente, pelo Decreto-Lei no 3.365/41.

Em segundo lugar, porque, em sendo comprovado que a inundação inviabilizou a exploração da jazida de minério, com a homologação da desistência, a requerida seria compelida a se utilizar da ação de desapropriação indireta, que é a ação cabível posta à disposição do particular para se defender contra o apossamento abusivo e irregular do imóvel.

De acordo com o laudo assinado pelo perito judicial, em 7 de maio de 2002, à f. 116 (f. TJ-MS 371), portanto na segunda fase de enchimento do lago, cujo limite era de 257/259m (a primeira fase era de 253m), "a construção da Usina Hidrelétrica Sérgio Motta (Porto Primavera) vem interrompendo as atividades empresariais da Exportadora e Importadora Aeroceânica Ltda (Empresa), desde o ano de 1999 (ANEXO VI)" e "agora, como as instalações da Empresa estão dentro da área de segurança do lago de inundação da barragem, ocorre a efetiva desapropriação das mesmas, impossibilitando a Empresa o exercício de Direitos Minerários, conforme concedidos pelos órgãos competentes, inviabilizando a continuidade de suas atividades".

A agravante pediu desistência da ação (f. TJ-MS 268/272), justificando que a diminuição da cota de inundação de 259m para 257m (segunda fase), conforme ficaram excluídos da área de inundação do lago artificial da Usina Hidrelétrica Engº Sérgio Motta.

Para tanto, juntou aos autos cópia da "Renovação da Licença de Operação nº 121/00", datada de 3.5.2002, válida por um ano, na qual está registrado que o órgão ambiental autoriza "a operação na cota 257m".

Entretanto, no verso do referido documento consta, na cláusula 28 (Condições Específicas) que a CESP, ora agravante, deveria "dar continuidade ao programa de avaliação do comportamento sedimentológico para a fase reservatório cota 253 e 257/259m" e a "análise e verificação dos efeitos da elevação do lençol freático, como resultado do enchimento do reservatório na cota 257/259m" (f. TJ-MS 273).

Apesar disso, a agravante, ao pedir a desistência da ação expropriatória, não trouxe aos autos, como lhe competia, qualquer estudo técnico comprovando os efeitos da elevação do lençol freático, relativamente à área exproprianda. Em realidade, pelo que consta dos autos, não há prova segura de que a limitação do represamento, seja ele 257 ou 259m, não tenha afetado a área de exploração da requerida.

Além disso, há notícias de que não houve pedido de desistência em processos de expropriação referentes a outras áreas lindeiras inclusive de propriedade da requerida, como esta informa à f. TJ-MS 59, circunstância que coloca em dúvida a licitude do presente requerimento de desistência.

Esses os motivos que me levam a negar provimento ao agravo.

Nota-se, então, que a Corte estadual entendeu pela impossibilidade da desistência da ação de expropriação, **pois há laudo pericial comprovando que a formação do lago da represa comprometeu a plena atividade de exploração da jazida de minério pela empresa proprietária do terreno, e que caberia ao expropriante autor trazer aos autos a prova de que o limite da elevação do lençol freático não comprometeria a propriedade, o que não ocorreu.**

O acórdão recorrido ainda registra, expressamente, que o laudo pericial acostado aos autos dá conta da interrupção das atividades empresariais da recorrida desde o ano de 1999, mesmo considerando que a cota de inundação não atinja os 259m, e se restrinja aos incontroversos 257m, tendo em vista que as instalações da empresa se encontram dentro da área de segurança do lago de inundação da barragem.

A atenta leitura do aresto revela que o verdadeiro cerne da controvérsia nem se atém propriamente à elevação ou não da lâmina de água do rio à cota 259m ou 257m acima do nível do mar, mas à inviabilização, após o enchimento do lago da represa, das atividades econômicas que a empresa desenvolvia na área em questão, em virtude do empecilho técnico imposto.

O próprio relatório do aresto já dispensava especial atenção à questão (e-STJ, fl. 986):

A agravada, ao apresentar contra-razões, acompanhadas de diversas cópias de documentos, sustenta o acerto do ato impugnado, destacando:

a) quando do início das atividades da agravada e antes do projeto da Usina Hidrelétrica, o nível máximo da lâmina de água do Rio Paraná era de 239,80 metros, e, com o enchimento do reservatório, durante a 2ª fase, passou para 259 metros, sofrendo um aumento médio de 20 metros, **o que tomou inviável a exploração da jazida, em virtude da elevação dos custos extrativos**, conforme demonstra o item 22 do laudo pericial judicial acostado pela própria agravante.

E nesse quadro, a argumentação que foi reconhecida pela Corte de origem era a de haver comprometimento das atividades de exploração mineral que a empresa exercia na localidade, ante a inviabilidade técnica da exploração, até mesmo decorrente da elevação dos custos da produção mineral, diante do novo perfil hidrográfico da região.

Em acréscimo, o acórdão recorrido ainda adverte que, na indigitada Licença de Operação emanada do IBAMA, em que foi reduzida a cota de elevação da lâmina de água do Rio Paraná, para o funcionamento da usina, havia a determinação de estudo comportamental sedimentológico para o atingimento da cota 259m, anteriormente prevista, o que apontaria para a possibilidade, mesmo que futura, do alagamento dos terrenos pertencentes à recorrida.

Nesse contexto, ainda que se considere imputável ao particular o ônus de provar fato impeditivo ao direito de desistir da desapropriação, o caso é que o pedido de desistência foi indeferido com base nas provas periciais existentes nos autos, e que comprovavam, até o momento em que formulado, o comprometimento da atividade econômica desenvolvida pela empresa detentora dos direitos minerários dos terrenos.

Ou seja, a prova existente nos autos milita contra o pedido do expropriante, razão pela qual fora indeferido, até que o autor trouxesse elementos que desconstituíssem aquelas constatações.

Portanto, quanto à alegação de ofensa ao art. 267, VIII, do Código de Processo Civil, a irresignação também não reúne condições de admissibilidade, uma vez que se ampara unicamente em elementos de prova que não foram firmados na Corte estadual, o que acaba por contrariar toda a moldura fática ali estabelecida.

Em outras palavras, entendo que qualquer esforço na tentativa de identificar não só o direito à desistência do processo de desapropriação das referidas áreas, mas também o não comprometimento dos terrenos e das atividades de exploração mineral do particular, afronta diretamente as premissas sobre as quais foi erigido o acórdão impugnado, o que atrai, indiscutivelmente, a

vedação da Súmula 7/STJ.

Não se pode ter estabelecido como premissa o fato de o imóvel poder ser restituído no estado em que recebido, ou com danos de pouca monta, pois tal premissa não foi firmada no acórdão dos autos.

Vale frisar, como bem salientou o *Parquet* federal, que o fundamento central adotado para a negativa do pedido de homologação da desistência é que, no estágio em que a instrução processual se encontra, ainda não há provas de que as atividades desenvolvidas em decorrência da desapropriação não hajam afetado o imóvel.

Tanto o é que o próprio parecer do MPF ainda contemplou a possibilidade de que o expropriante formulasse novo pedido de desistência, desta vez acompanhado de provas que atestassem a não afetação das terras pertencentes à recorrida.

Conveniente a reprodução da seguinte passagem do indigitado parecer:

14. Na interposição em tela, a recorrente chega a juntar documentos novos no intuito de provar que o enchimento do lago não inviabilizou nem inviabilizará as atividades da recorrida e, em decorrência disso, requer a homologação do pedido de desistência.

15. Todavia, a pretensão esbarra em dois óbices. Um deles é o verbete sumular n. 7/STJ, segundo o qual "a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial". O outro é a falta de interesse recursal.

16. Com efeito, conforme dito alhures, malgrado tenha indeferido o pedido de desistência, a instância a quo ressalvou a possibilidade de, em vindo o autor da demanda (ora recorrente) a apresentar provas de que os imóveis da recorrida não foram nem serão afetados, poderá ser formulado novo pedido nos mesmos autos.

17. Daí se infere que, agora munido de elementos de prova tendentes a demonstrar os requisitos que o Tribunal de origem entendeu ausentes para justificar a homologação da desistência, o autor da demanda há de dirigir-se àquele mesmo Tribunal, que, aliás, diversamente da superior instância, não está impedido de reexaminar provas. As portas da Corte de segundo grau continuam abertas ao ora recorrente para apresentar as mesmas alegações trazidas no recurso em comento. Daí a inviabilidade de apreciação do mérito recursal ante a evidente falta de interesse da parte.

18. Ante o exposto, opina o Ministério Público Federal pelo não conhecimento do recurso especial.

Superior Tribunal de Justiça

Como visto, não foi mitigado o direito potestativo de que o recorrente formulasse o pedido de desistência do processo de desapropriação, mas condicionado à apresentação de provas que amparassem sua pretensão.

Impende salientar, mais uma vez, que a Corte *a quo* não tomou como verdades absolutas as conclusões do questionado laudo pericial, decidindo apenas que até aquele momento o expropriante não constituiu a prova que lhe incumbia, podendo fazê-lo em momento oportuno nos autos da ação originária.

Nessa senda, qualquer tentativa de desconstituir tais premissas de fato firmadas na origem demandaria a análise das provas dos autos, providência obstada pela Súmula 7/STJ.

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AFRONTA AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. TELEFONIA. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7 DO STJ. INCIDÊNCIA.

1. Não ocorre contrariedade ao art. 535, inc. II, do CPC, quando o Tribunal de origem decide fundamentadamente todas as questões postas ao seu exame, assim como não há que se confundir entre decisão contrária aos interesses da parte e inexistência de prestação jurisdicional.

2. A instância ordinária entendeu tratar-se de mero descontentamento, e não de dano passível de indenização, acentuando que a linha bloqueada não impediu o pleno exercício das atividades comerciais do recorrente, pois este possuía outras linhas em uso, as quais eram de conhecimento de seus clientes.

3. Nessas condições, para modificar as conclusões da Corte local, seria imprescindível o reexame das provas constantes dos autos, o que é defeso em sede de recurso especial, nos termos preconizados na Súmula 7/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 541.276/MS, de minha relatoria, julgado em 16/10/2014, DJe 14/11/2014)

De outra ponta, se a ação de desapropriação, tal como concebida, exerce o papel de expropriar o bem de propriedade ou uso do particular mediante justa indenização para recompor seu patrimônio com o equivalente a outro bem ou com os rendimentos que dele provenha, a tentativa de relegar o particular às vias

ordinárias para pleitear perdas e danos provocados pelo Poder Público é negar a essência e a efetividade da própria ação.

Com relação ao destino de outros processos de desapropriação aforados em áreas contíguas, e para os quais foram acolhidos os pedidos de desistência, entendo que tais argumentos não possuem o pretendido caráter de conduzir à conclusão da não afetação dos imóveis em tela.

Tratam-se, de fato, de conclusões tiradas no bojo de outros processos que tramitaram no Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, em relação a áreas supostamente contíguas às relacionadas no presente feito, em que se firmou a tese do não atingimento do terreno, e, portanto, ausente o interesse público.

Entretanto, tais elementos não fizeram parte do acórdão recorrido, e pelas mesmas razões não podem servir de subsídio às conclusões propostas, pois como dito, não cumpre ao STJ o papel investigativo de buscar verdade real das questões postas ao seu exame, estando adstrito às teses jurídicas.

Ademais, o próprio Juízo primário, ao indeferir a reunião de outros feitos relacionados a quatro terrenos de propriedade da mesma empresa ora recorrida, que estariam supostamente nas mesmas condições, já registrava as possíveis peculiaridades de cada área, não sendo necessariamente extensiva a todos a mesma decisão.

Consta, inclusive, que outro terreno contíguo de propriedade do sócio majoritário da empresa recorrida também foi objeto de desapropriação perfeita e acabada, e nem por isso essa conclusão pode se aplicar automaticamente aos outros terrenos, dadas suas eventuais peculiaridades.

Por fim, ainda que se admitisse o exame de provas neste pedido de desistência formulado já na instância especial, penso que tal exame estaria adstrito a novas provas que a recorrente eventualmente trouxesse junto ao pedido, conforme fora facultado no Tribunal de origem, e como sugeriu o *Parquet*.

Todavia, entendo que a parte insurgente não produziu as aludidas provas da não afetação do imóvel em questão nos autos da ação principal, vindo formular o novo pedido já em sede de recurso especial, e desacompanhado de qualquer prova conclusiva.

Superior Tribunal de Justiça

Quer dizer, ao invés de produzir oportunamente as provas que lhe incumbia e apresentá-las nas instâncias de instrução, a recorrente quedou-se inerte aguardando que esta Corte Superior lhe contemplasse com provimento que lhe autorizasse a desistência a partir das suas meras alegações.

Em amparo a sua argumentação, a recorrente somente fez juntar um documento que batizou de "Laudo Pericial Constatativo" (e-STJ, fls. 1.120/1.136), em que constam fotografias que seriam supostamente das áreas em litígio, além de uma exposição descritiva.

A despeito de a conclusão enunciada pelo perito ser de que as áreas não teriam sofrido qualquer prejuízo decorrente do enchimento do lago da represa, o referido laudo contém a seguinte passagem:

Através deste relatório, podemos constatar que a cota máxima da água, anterior à formação do lago, foi de 259,307m. Após o enchimento da represa, temos que a cota máxima alcançada foi de 259,797m, demonstrando que o nível máximo da água teve um aumento pouco expressivo após a formação do lago, aproximadamente 0,50m.

Ora, ainda que o objetivo da citada perícia fosse a constatação do não atingimento dos terrenos ante a dita pequena elevação do nível do rio, o que se infere é que a lâmina de água superou a cota de operação autorizada pelo IBAMA, e que a recorrente insistiu em dizer que não seria alcançada.

A julgar pelo referido documento, cai por terra toda a argumentação da CESP, no sentido de que o enchimento do lago da barragem não atingiria a cota 259m acima do nível do mar, e tal como aferido no Tribunal de origem, entendo não haver nos autos qualquer elemento de prova que autorize a desistência da ação de desapropriação

Não obstante, impende registrar que o citado documento não possui qualquer caráter conclusivo irrefutável, pois constitui laudo técnico encomendado pela recorrente, sobre os quais não se permite a aferição de veracidade, não se viabilizando a identificação das áreas em litígio, nem mesmo das instalações da empresa recorrida ou da atividade econômica exercida, não havendo logradouros,

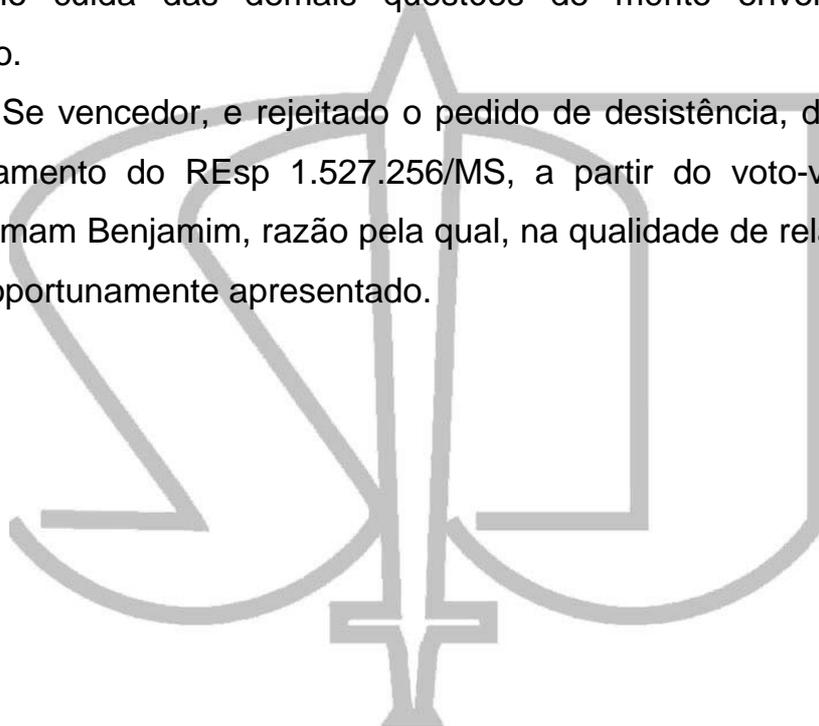
logotipos, ou qualquer indicador do gênero.

Ante o exposto, voto no sentido de não conhecer do REsp 1.368.773/MS, tendo em vista o não atendimento da condição imposta pelo Juízo processante para o acolhimento do pedido de desistência da ação expropriatória.

É como voto.

Caso fique vencido e seja acolhido o pedido de desistência da ação de desapropriação em comento, ficará prejudicado o REsp 1.527.256/MS, uma vez que o apelo cuida das demais questões de mérito envolvendo a mesma expropriação.

Se vencedor, e rejeitado o pedido de desistência, deve-se prosseguir com o julgamento do REsp 1.527.256/MS, a partir do voto-vista do eminente Ministro Hermam Benjamim, razão pela qual, na qualidade de relator, reitero o voto que já fora oportunamente apresentado.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA**

Número Registro: 2013/0039269-9

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.368.773 / MS

Números Origem: 00063494420028120000 021000207121 021000207121001 20020077909
20020077909000000 20020077909000100 2003000977 21000207121
21000209302 63494420028120000

PAUTA: 22/09/2015

JULGADO: 22/09/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : COMPANHIA ENERGÉTICA DE SÃO PAULO CESP
ADVOGADO : RUBENS FERRAZ DE OLIVEIRA LIMA E OUTRO(S)
RECORRIDO : EXPORTADORA E IMPORTADORA AEROCEÂNICA LTDA -
MICROEMPRESA
ADVOGADO : ROBERTO DE DIVITIIS E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO -
Intervenção do Estado na Propriedade - Desapropriação por Utilidade Pública / DL 3.365/1941

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). RUBENS FERRAZ DE OLIVEIRA LIMA, pela parte RECORRENTE: COMPANHIA
ENERGÉTICA DE SÃO PAULO CESP

Dr(a). ROBERTO DE DIVITIIS, pela parte RECORRIDA: EXPORTADORA E IMPORTADORA
AEROCEÂNICA LTDA

PRONUNCIAMENTO ORAL pelo SUBPROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA, Dr.
BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão
realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Após o voto do Sr. Ministro-Relator, não conhecendo do recurso, pediu vista dos autos,
antecipadamente, o Sr. Ministro Herman Benjamin."

Aguardam os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães e Humberto
Martins.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA**

Número Registro: 2013/0039269-9

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.368.773 / MS

Números Origem: 00063494420028120000 021000207121 021000207121001 20020077909
20020077909000000 20020077909000100 2003000977 21000207121
21000209302 63494420028120000

PAUTA: 05/04/2016

JULGADO: 05/04/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : CESP COMPANHIA ENERGÉTICA DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RUBENS FERRAZ DE OLIVEIRA LIMA E OUTRO(S)
RECORRIDO : EXPORTADORA E IMPORTADORA AEROCEÂNICA LTDA -
MICROEMPRESA
ADVOGADO : ROBERTO DE DIVITIIS E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO -
Intervenção do Estado na Propriedade - Desapropriação por Utilidade Pública / DL 3.365/1941

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Adiado por indicação do Sr. Ministro Herman Benjamin."

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA**

Número Registro: 2013/0039269-9

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.368.773 / MS

Números Origem: 00063494420028120000 021000207121 021000207121001 20020077909
20020077909000000 20020077909000100 2003000977 21000207121
21000209302 63494420028120000

PAUTA: 21/06/2016

JULGADO: 21/06/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : CESP COMPANHIA ENERGÉTICA DE SÃO PAULO

ADVOGADO : RUBENS FERRAZ DE OLIVEIRA LIMA E OUTRO(S)

RECORRIDO : EXPORTADORA E IMPORTADORA AEROCEÂNICA LTDA -
MICROEMPRESA

ADVOGADO : ROBERTO DE DIVITIIS E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO -
Intervenção do Estado na Propriedade - Desapropriação por Utilidade Pública / DL 3.365/1941

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Adiado por indicação do Sr. Ministro Herman Benjamin."

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA**

Número Registro: 2013/0039269-9

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.368.773 / MS

Números Origem: 00063494420028120000 021000207121 021000207121001 20020077909
20020077909000000 20020077909000100 2003000977 21000207121
21000209302 63494420028120000

PAUTA: 23/08/2016

JULGADO: 23/08/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ FLAUBERT MACHADO ARAÚJO

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : CESP COMPANHIA ENERGÉTICA DE SÃO PAULO

ADVOGADO : RUBENS FERRAZ DE OLIVEIRA LIMA E OUTRO(S)

RECORRIDO : EXPORTADORA E IMPORTADORA AEROCEÂNICA LTDA -
MICROEMPRESA

ADVOGADO : ROBERTO DE DIVITIIS E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO -
Intervenção do Estado na Propriedade - Desapropriação por Utilidade Pública / DL 3.365/1941

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Adiado por indicação do Sr. Ministro Herman Benjamin."

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA**

Número Registro: 2013/0039269-9

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.368.773 / MS

Números Origem: 00063494420028120000 021000207121 021000207121001 20020077909
20020077909000000 20020077909000100 2003000977 21000207121
21000209302 63494420028120000

PAUTA: 13/09/2016

JULGADO: 13/09/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO JOSÉ GISI

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : CESP COMPANHIA ENERGÉTICA DE SÃO PAULO

ADVOGADO : RUBENS FERRAZ DE OLIVEIRA LIMA E OUTRO(S) - SP015919

RECORRIDO : EXPORTADORA E IMPORTADORA AEROCEÂNICA LTDA -
MICROEMPRESA

ADVOGADO : ROBERTO DE DIVITIIS E OUTRO(S) - SP026079

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO -
Intervenção do Estado na Propriedade - Desapropriação por Utilidade Pública / DL 3.365/1941

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Adiado por indicação do Sr. Ministro Herman Benjamin."

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA**

Número Registro: 2013/0039269-9

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.368.773 / MS

Números Origem: 00063494420028120000 021000207121 021000207121001 20020077909
20020077909000000 20020077909000100 2003000977 21000207121
21000209302 63494420028120000

PAUTA: 13/09/2016

JULGADO: 15/09/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO JOSÉ GISI

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : CESP COMPANHIA ENERGÉTICA DE SÃO PAULO

ADVOGADO : RUBENS FERRAZ DE OLIVEIRA LIMA E OUTRO(S) - SP015919

RECORRIDO : EXPORTADORA E IMPORTADORA AEROCEÂNICA LTDA -
MICROEMPRESA

ADVOGADO : ROBERTO DE DIVITIIS E OUTRO(S) - SP026079

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO -
Intervenção do Estado na Propriedade - Desapropriação por Utilidade Pública / DL 3.365/1941

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Adiado por indicação do Sr. Ministro Herman Benjamin."

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA**

Número Registro: 2013/0039269-9

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.368.773 / MS

Números Origem: 00063494420028120000 021000207121 021000207121001 20020077909
20020077909000000 20020077909000100 2003000977 21000207121
21000209302 63494420028120000

PAUTA: 13/09/2016

JULGADO: 10/11/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ ELAERES MARQUES TEIXEIRA

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : CESP COMPANHIA ENERGÉTICA DE SÃO PAULO

ADVOGADO : RUBENS FERRAZ DE OLIVEIRA LIMA E OUTRO(S) - SP015919

RECORRIDO : EXPORTADORA E IMPORTADORA AEROCEÂNICA LTDA -
MICROEMPRESA

ADVOGADO : ROBERTO DE DIVITIIS E OUTRO(S) - SP026079

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO -
Intervenção do Estado na Propriedade - Desapropriação por Utilidade Pública / DL 3.365/1941

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Adiado por indicação do Sr. Ministro Herman Benjamin."

RECURSO ESPECIAL Nº 1.368.773 - MS (2013/0039269-9)

RELATOR : MINISTRO OG FERNANDES

RECORRENTE : CESP COMPANHIA ENERGÉTICA DE SÃO PAULO

ADVOGADO : RUBENS FERRAZ DE OLIVEIRA LIMA E OUTRO(S) - SP015919

RECORRIDO : EXPORTADORA E IMPORTADORA AEROCEÂNICA LTDA - MICROEMPRESA

ADVOGADO : ROBERTO DE DIVITIIS E OUTRO(S) - SP026079

INTERES. : ESTADO DE SÃO PAULO

PROCURADOR : ELIVAL DA SILVA RAMOS E OUTRO(S) - SP050457

VOTO-VENCEDOR

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN:

1. Histórico da demanda

Com autorização da Aneel, dada pela Resolução 30/1999, a Cesp ajuizou ações de desapropriação de uma série de imóveis para formação do lago da Usina Hidrelétrica de Porto Primavera, entre as quais quatro relativas a imóveis da Aeroceânica, mas em duas houve homologação de pedido de desistência, apesar da oposição da expropriada.

Na desapropriação tratada nestes autos, a reparação considerada devida foi fixada em valor elevado, em virtude de o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul ter considerado devida, também, a indenização dos direitos de exploração mineral de sílex, areia industrial e cascalho, que lhe foram concedidos pelas Portarias de Lavra 896/90 e 265/91. A indenização para esses direitos foi fixada em R\$ 83.132.410,57 e hoje montaria a cerca de **novecentos e setenta milhões de reais**.

Em determinado momento, a Cesp requereu a **desistência da desapropriação**, justificando a iniciativa com o fato de que **o lago da hidrelétrica, por restrição estabelecida pelo Ibama, já não poderia ter a altura inicialmente prevista** e, conseqüentemente, o imóvel em tela não seria mais alagado, razão pela qual era desnecessária sua desapropriação.

O pedido de desistência foi indeferido no 1º grau, motivo por que a Cesp interpôs Agravo de Instrumento, que não foi provido pelo TJMS, que decidiu que a

desistência era, em tese, possível, "*desde que o desistente comprove que a inundação não afetou fisicamente o imóvel expropriando nem comprometeu a sua finalidade econômica, circunstância não ocorrida na espécie*" (fl. 991).

2. Relação entre os REsp 1.368.773 e 1.527.256

No REsp 1.368.773, interposto com base nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, a Cesp pretende a homologação do seu pedido de desistência da desapropriação formulado em 1º grau, enquanto no REsp 1.527.256, trazido para julgamento conjunto, são discutidas outras questões, notadamente a pretensão de exclusão de juros compensatórios do valor indenizatório.

3. Novo pedido de desistência, formulado diretamente no STJ, deve ser examinado no REsp 1.527.256 se não provido o REsp 1.368.773

Às fls. 1262-1269 destes autos e 2426-2437 do REsp 1.527.256, a Cesp formula **novo pedido de desistência**.

Na hipótese de ser provido este REsp 1.368.773, esse novo pedido de desistência ficará naturalmente prejudicado, pois haverá a homologação do primeiro, formulado ainda no 1º grau. Se, porém, a este for negado provimento, **a decisão sobre a nova pretensão de desistência deverá ser tomada no REsp 1.527.256**.

Embora cabível novo pedido de desistência, uma vez que a jurisprudência do STJ e, antes dele, do STF firmou o entendimento de ser possível requerê-la a qualquer tempo, mesmo após o trânsito em julgado, desde que antes do pagamento integral do preço, o local correto para a apreciação dessa **nova pretensão de desistência, manifestada diretamente no STJ**, são os autos do REsp 1.527.256 em que se questiona a desapropriação propriamente dita.

O REsp 1.368.773 foi interposto nos autos de Agravo de Instrumento contra a decisão do Juiz de 1º grau que indeferiu pedido de desistência, em decisão confirmada pelo TJMS. Assim, o que cabe decidir nele é se essa primeira desistência

deve ser homologada ou não. Novo pedido deve ser examinado, se for o caso, é nos autos da desapropriação, ou seja, nos autos do REsp 1.527.256.

4. Recurso com base no dissídio jurisprudencial

No que se refere à interposição do recurso com base na alínea "c" do inciso III do art. 105 da Constituição, correto o voto do eminente Relator pelo não conhecimento, uma vez que não foi feito o necessário cotejo analítico.

5. Direito à desistência de desapropriação e fato impeditivo do exercício deste

No que concerne à alegada violação ao art. 267, VIII, do CPC/1973, o recurso já é passível de conhecimento, pois não vislumbro óbice trazido pela Súmula 7/STJ. Entendo que o problema se resolve por uma **questão de direito**, pertinente ao **ônus da prova**.

No meu sentir, o acórdão recorrido **imputou indevidamente à desapropriante o ônus de provar que o imóvel de cuja expropriação pretende desistir não foi afetado fisicamente ou em sua finalidade econômica**.

Que foi fixada essa condição para a desistência, vê-se da própria ementa do acórdão recorrido (fl. 991):

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO EXPROPRIATÓRIA DE ÁREA LOCALIZADA EM REGIÃO DE USINA HIDRELÉTRICA - PEDIDO DE DESISTÊNCIA ANTES DE ENCERRADA A FASE PROBATÓRIA QUE DEFINIRIA SE O IMÓVEL FOI OU NÃO AFETADO PELA INUNDAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE.

É possível, diante do interesse público, a desistência de ação expropriatória de área localizada em região de alagamento de usina hidrelétrica, mesmo após a fase de contestação e reconvenção, ainda que já tenha sido levantado o depósito indenizatório prévio, mas desde que o desistente comprove que a inundação não afetou fisicamente o imóvel expropriando nem comprometeu a sua finalidade econômica, circunstância não ocorrida na espécie.

Por que a exigência era indevida, passo a explicar.

Superior Tribunal de Justiça

A jurisprudência do STJ consolidou-se no sentido de que é possível a desistência da desapropriação, desde que ainda não tenha havido o pagamento integral do preço e, em sua essência, o imóvel possa ser devolvido sem alteração substancial que impeça sua utilização como antes era possível.

O raciocínio subjacente é o de que, se a desapropriação se faz por utilidade pública ou interesse social, uma vez que o imóvel já não se mostre indispensável para o atingimento dessas finalidades, deve ser, em regra, possível a desistência da desapropriação, com a ressalva do direito do atingido à ação de perdas e danos. Essa desistência, porém, não mais será possível se já tiver sido pago integralmente o preço, pois nessa hipótese já se terá consolidado a transferência da propriedade do expropriado para o expropriante, ou se tiverem sido feitas alterações de tal monta no imóvel que impeçam que ele possa ser utilizado como antes.

O *leading case* dessa segunda hipótese de impossibilidade da desistência da desapropriação parece ter sido o REsp 38.966, julgado nesta Segunda Turma, que teve a ementa:

DESAPROPRIAÇÃO. DESISTÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE, NO CASO DE IRREVERSIBILIDADE DO ATO EXPROPRIATÓRIO.

I - A jurisprudência é no sentido de que pode o expropriante desistir da expropriatória antes de verificar-se o pagamento do preço, independentemente da vontade do expropriado, com ressalva a este da ação de perdas e danos. Todavia, não alcança casos como o presente, em que o expropriante não tem condições de devolver o bem no estado em que o recebeu ou com danos de pouca monta que, em outra ação, pudessem ser avaliados. Com efeito, o expropriante, na espécie, construiu no imóvel expropriado escola, campo de futebol, parque infantil, gramados, avenida, com a canalização de córrego e, finalmente, permitiu a invasão de favelados, incentivando-os com a ligação de água e luz. Nessas circunstâncias, tornado irreversível o ato expropriatório, impossível admitir-se a desistência da respectiva ação.

II - Ofensa ao art. 20 do Decreto-lei n. 3365, de 1941, não caracterizada. Dissídio pretoriano não demonstrado.

III - Recurso Especial não conhecido.

(REsp 38.966/SP, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/02/1994, DJ 14/03/1994, p. 4498)

Com esse julgado, houve certa alteração na jurisprudência. **Até então**, o entendimento, existente já no Supremo Tribunal Federal, era simplesmente de que a

desistência da desapropriação era possível, mas o proprietário do imóvel tinha direito a ação de perdas e danos para reparação de eventuais prejuízos:

- Recurso extraordinário. Desapropriação. Desistência, após imissão do desapropriante na posse do imóvel. Tem a jurisprudência do STF admitido a possibilidade de desistência da desapropriação, independentemente do consentimento do expropriado. Precedentes do STF. Fica ressalvado ao expropriado, nas vias ordinárias, ingressar com ação para a reparação dos danos sofridos, pelos atos de desapropriação que aconteceram, desde a imissão da autora na posse do imóvel, até a reintegração do expropriado na posse do bem. Desistência da ação homologada, julgando-se extinto o processo, condenado o expropriante a pagar honorários advocatícios e ressalvado ao expropriado pleitear, em ação própria, ressarcimento de eventuais prejuízos sofridos. Julgam-se, em consequência, prejudicados os recursos extraordinários.

(STF, RE 99528, Relator: Min. NÉRI DA SILVEIRA, Primeira Turma, julgado em 29/11/1988, DJ 20-03-1992)

A partir do julgamento do REsp 38.966/SP, surgiu uma hipótese de impossibilidade de desistência da desapropriação. Se for demonstrado que não há condição de o bem ser devolvido no estado em que recebido ou com danos de pouca monta, não se admitirá a desistência.

A questão está em que **a regra é o direito de desistência da desapropriação**. Contra este, **pode ser alegado fato impeditivo**, consistente na impossibilidade de o imóvel ser devolvido como recebido ou com danos de pouca monta, mas, justamente **por ser fato impeditivo do direito do expropriante, é ônus do expropriado provar a sua existência**.

Trata-se de aplicação da tradicional regra que vinha consagrada no art. 333, II, do CPC/1973:

Art. 333 - **O ônus da prova incumbe:**

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - **ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.**

Ela, aliás, vem repetida no art. 373 do CPC/2015:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Como a regra é a possibilidade de desistência da desapropriação, o desistente não tem de provar nada para desistir, cabendo ao expropriado requerer as perdas e danos a que tiver direito por ação própria.

Pretendendo o réu, porém, impedir a desistência, poderá alegar que há condição de o bem ser devolvido no estado em que recebido ou com danos de pouca monta, mas é seu o ônus da prova.

No caso dos autos, portanto, o acórdão do Tribunal de Justiça do Mato Grosso fez exigência indevida ao condicionar a homologação do pedido de desistência a que a Cesp "comprove que a inundação não afetou fisicamente o imóvel expropriando nem comprometeu a sua finalidade econômica, circunstância não ocorrida na espécie".

Transcrevo trecho do voto do eminente Relator que mostra que foi isso o que o acórdão recorrido fez:

Ou seja, não foi mitigado o direito potestativo de que o recorrente formulasse o pedido de desistência do processo de desapropriação, mas condicionado à apresentação de provas que amparassem sua pretensão.

Impende salientar, mais uma vez, que a Corte *a quo* não tomou como verdade absoluta as conclusões do questionado laudo pericial, decidindo apenas que até aquele momento o expropriante não constituiu a prova que lhe incumbia, podendo fazê-lo em momento oportuno nos autos da ação originária.

E o acórdão recorrido não dispôs como fato que estava provado ser impossível restituir o imóvel como se encontrava antes. O que ele estabeleceu é que a Cesp não tinha feito essa prova. Tanto é assim que ele deixou aberta a possibilidade de novo pedido de desistência no futuro, como se vê do trecho final do voto do Relator (fls. 989-990):

Ressalvo, contudo, que, em sendo comprovado, sem sombra de dúvidas, após a conclusão da fase de instrução processual, que realmente não foram nem serão afetados os imóveis da requerida pelas diversas fases do represamento, obviamente que a desistência poderá ser requerida novamente, para que o processo não se transforme em meio de enriquecimento ilícito da exproprianda.

Todavia, não cabia à Cesp fazer a prova pretendida pelo acórdão recorrido. **Ela, como expropriante, tinha o direito de desistir da desapropriação, com base no art. 267, VIII, do CPC/1973**, podendo a Aeroceânica buscar a reparação de perdas e danos em ação própria.

Se a Aeroceânica pretendia impedir a desistência sob o fundamento de que a sua atividade mineradora tinha sido inviabilizada, cabia a ela provar esse fato impeditivo do direito da Cesp desistir, e não o contrário.

Não tendo sido provado o fato impeditivo do direito da Cesp desistir, é de ser provido o seu recurso, para homologar o pedido de desistência.

À Aeroceânica, naturalmente, ficará aberta a possibilidade de ajuizar ação de perdas e danos para **recomposição dos prejuízos que lhe tenham sido causados**, inclusive à sua atividade minerária de sílex, areia industrial e cascalho, **sejam eles no montante de R\$ 970 milhões, sejam em valor menor ou maior.**

6. Das quatro desapropriações ajuizadas contra a requerida, houve homologação da desistência em duas

Embora já tenha concluído pela adequação da homologação, peço vênua para registrar o fato de que, inicialmente, eram quatro as ações de desapropriação ajuizadas pela Cesp contra a Aeroceânica. Além dos processos 021.00.020712-1 e 021.00.030741-0, ainda em curso, havia os processos 021.00.020711-3 e 021.00.000013-3, tratando de áreas contíguas, nos quais a desistência das desapropriações foi homologada pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul.

Transcrevo parte do voto do relator do Agravo 020.02.007781-0, Des. Luiz Carlos Santini, cuja conclusão é pela homologação da desistência da desapropriação 021.00.000013-3 (destaque não consta do original):

O recurso deve ser provido.

Ocorre que, conforme verifica-se nos autos, a agravante está demonstrando que o interesse público em desapropriar a área da agravada desapareceu com a limitação da cota de operação em 257 metros acima do nível do mar e com o não-atingimento do mesmo imóvel pelas águas da represa.

A dúvida sobre a necessidade da expropriação do bem foi verificada logo, inclusive, consta à f. 73 petição da agravante requerendo a suspensão do feito pelo prazo de dez dias, porque "... a expropriante esta, através de estudos técnicos, reavaliando a necessidade a necessidade da desapropriação da área objeto da ação em tela." (sic, f. 73).

A ação originária desse encontra-se na fase de produção de prova pericial para determinar o real valor do bem expropriando (f. 315-320), do qual a agravada usa e goza sem nenhuma restrição, pois não há nos autos notícia de outros fatos e, ainda, há o valor depositado (f. 144), que se refere tão somente ao quantum apurado no laudo de avaliação administrativa da área de 1.294,00 m² do bem (f. 60-66), para possibilitar a imissão prévia na posse da área, ocorrida tão somente no aspecto formal, até porque, no presente caso, se houvesse a efetiva imissão na posse, estaria o bem submerso.

Ora, não se pode obrigar a agravante a adquirir um bem imóvel com dinheiro público e, tampouco, condená-la a pagar indenização por algo que não precisa nem deve integrar seu patrimônio, visto que prevalece o interesse coletivo sobre o particular.

O documento de f. 187 demonstra que a área de propriedade da agravante não estará sendo atingida pelas águas em função da construção da Usina Hidrelétrica Engenheiro Sérgio Motta.

....

Ademais, é de se estranhar o presente caso, já que diverso dos outros casos de desapropriação que chegam ao Poder Judiciário, neste o expropriado quer seja o bem adquirido pelo expropriante. Se a agravada valoriza tanto o bem e dele retira um quantum monetário que lhe interessa, através de exploração de minerais, deveria então estar sendo a favor da desistência.

7. Viola a Constituição inverter, na hipótese dos autos, o ônus da prova em detrimento do poder público e obrigá-lo a ficar com bem de que não precisa

A Constituição, no seu art. 5º, XXIV, dispõe que "a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social". Obrigar o poder público a ficar com um bem de que não precisa certamente não atende nenhuma dessas finalidades, mas apenas o interesse particular do expropriado que, aparentemente, acredita que jamais conseguirá obter com a venda de cascalho e produtos do gênero o valor bilionário arbitrado como indenização.

Da mesma forma, na hipótese dos autos, inverter o ônus da prova em detrimento do ente público viola a cláusula do devido processo legal, estabelecida no art. 5º, LIV, da Constituição, que foi o que fez o acórdão recorrido.

E, no caso, há o agravante: **é até intuitivo que, não sendo mais inundada a área, a mineração poderá ser retomada**, razão pela qual mais lógico ainda é exigir que seja a empresa que tenha o ônus de demonstrar a impossibilidade de voltar a exercer a atividade de areia industrial, cascalho e sílex no local.

Em última *ratio*, é a coletividade que terá de pagar cerca de um bilhão de reais por direitos minerários que, é razoável pensar, se tivessem mesmo esse valor, seriam prazerosamente recebidos de volta por seu titular.

8. Conclusão

Pelo exposto, louvando o eminente Relator pelo seu magnífico voto, peço vênias para **divergir** de sua S. Exa. para **conhecer parcialmente do Recurso Especial**, por violação ao art. 267, VIII, do CPC/1973, e, **nessa parte, dar-lhe provimento para homologar o pedido de desistência da desapropriação formulado pela Cesp em 1º grau, ressalvado o direito da Aeroceânica promover ação de perdas e danos para reparação de prejuízos que eventualmente lhe tenham, concretamente, sido causados.**

Consequentemente, fica prejudicado o REsp 1.527.256.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.368.773 - MS (2013/0039269-9)

VOTO

MINISTRA ASSULETE MAGALHÃES: Senhores Ministros, li atentamente esse processo e ambos os votos e, efetivamente, consta, a fl. 12 do voto do Ministro Og Fernandes, Relator, o seguinte:

"Nota-se, então, que a Corte Estadual entendeu pela impossibilidade de desistência da ação de desapropriação, pois há laudo pericial comprovando que a formação do lago da represa comprometeu a plena atividade de exploração da jazida de minério pela empresa proprietária do terreno, e que caberia ao expropriante autor trazer aos autos a prova de que o limite da elevação do lençol freático não comprometeria a propriedade, o que não ocorreu".

O Ministro Og Fernandes traz um precedente da Ministra Eliana Calmon, nesta Turma, em julgamento levado a efeito em 17 de setembro de 2013, no REsp 1.397.844/SP, cuja ementa registra: "A jurisprudência da Corte admite a desistência da ação expropriatória, antes da realização do pagamento do preço justo, desde que seja possível devolver ao expropriado o imóvel no estado em que se encontrava antes do ajuizamento da ação" (DJe de 24/09/2013).

E diz o Ministro Og Fernandes: "Vale frisar, como bem salientou o *Parquet* federal, que o fundamento central adotado para a negativa do pedido de homologação da desistência é que, no estágio em que a instrução processual se encontra, ainda não há provas de que as atividades desenvolvidas em decorrência da desapropriação não hajam afetado o imóvel. Tanto o é que o próprio parecer do Ministério Público Federal ainda contemplou a possibilidade de que o expropriante formulasse novo pedido de desistência, desta vez acompanhado de provas que atestassem a não afetação das terras pertencentes à recorrida". Por isso mesmo, a CESP trouxe, então, um novo pedido de desistência, diretamente aqui, no STJ.

O Ministro Relator transcreve trecho do parecer ministerial, que assevera o seguinte:

"Na interposição em tela, a recorrente chega a juntar documentos novos no intuito de provar que o enchimento do lago não inviabilizou, nem inviabilizará as atividades da recorrida e, em decorrência disso, requer a homologação do pedido de desistência. Todavia, a pretensão esbarra em dois óbices. Um deles é o verbete sumular n. 7/STJ, segundo o qual 'a pretensão de simples reexame de provas não enseja recurso especial'. O outro é a falta de interesse recursal. Com efeito, conforme dito alhures, malgrado tenha indeferido o pedido de desistência, a instância a *quo* ressaltou a possibilidade de, em vindo o autor da demanda (ora

recorrente) a apresentar provas de que os imóveis da recorrida não foram nem serão afetados, poderá ser formulado novo pedido nos mesmos autos. Daí se infere que, agora, munido de elementos de provas tendentes a demonstrar os requisitos que o Tribunal de origem entendeu ausentes para justificar a homologação da desistência, o autor da demanda há de dirigir-se àquele mesmo Tribunal, que, aliás, diversamente da superior instância, não está impedido de reexaminar provas. As portas da Corte de segundo grau continuam abertas à ora recorrente para apresentar as mesmas alegações trazidas no recurso em comento. Daí a inviabilidade de apreciação do mérito recursal ante a evidente falta de interesse da parte.

Ante o exposto, opina o Ministério Público Federal pelo não conhecimento do recurso especial."

Efetivamente, pelo que li do processo, a Corte de origem entendeu que não havia provas, no processo, pelo menos até aquele momento, de que a desapropriação ainda não havia afetado o imóvel expropriado, na forma da jurisprudência mencionada, no sentido de que é possível a homologação da desistência, desde que antes do pagamento do preço e desde que seja possível devolver o imóvel no estado em que se encontrava, antes do ajuizamento da ação expropriatória. O acórdão do 2º Grau, agora recorrido, deixou claro que de tal não havia provas, até então, mas que seria possível que provas, obtidas posteriormente, pudessem ser apresentadas com um novo pedido de desistência. A CESP trouxe novo pedido de desistência, instruído com provas, diretamente no STJ, cabendo-lhe fazê-lo perante o 2º Grau, de vez que esta Corte não aprecia provas.

Diante dessas ponderações, que foram colocadas pelo Ministro Og Fernandes, peço a mais respeitosa vênia à divergência, para acompanhar Sua Excelência, quando aplica a Súmula 7/STJ e deixa de conhecer deste Recurso Especial.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA**

Número Registro: 2013/0039269-9

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.368.773 / MS

Números Origem: 00063494420028120000 021000207121 021000207121001 20020077909
20020077909000000 20020077909000100 2003000977 21000207121
21000209302 63494420028120000

PAUTA: 13/09/2016

JULGADO: 17/11/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : CESP COMPANHIA ENERGÉTICA DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RUBENS FERRAZ DE OLIVEIRA LIMA E OUTRO(S) - SP015919
RECORRIDO : EXPORTADORA E IMPORTADORA AEROCEÂNICA LTDA -
MICROEMPRESA
ADVOGADO : ROBERTO DE DIVITIIS E OUTRO(S) - SP026079

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO -
Intervenção do Estado na Propriedade - Desapropriação por Utilidade Pública / DL 3.365/1941

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo-se no julgamento, preliminarmente, a Turma, por unanimidade, deferiu o pedido de intervenção do Estado de São Paulo no feito, a partir do presente momento. No mérito, após o voto-vista do Sr. Ministro Herman Benjamin, conhecendo em parte do recurso e, nessa parte, dando-lhe provimento, no que foi acompanhado pelo Sr. Ministro Mauro Campbell Marques e o voto da Sra. Ministra Assusete Magalhães, acompanhando o Sr. Ministro-Relator, não conhecendo do recurso, verificou-se empate, decidindo-se pela renovação do julgamento com a participação do Sr. Ministro Francisco Falcão, nos termos do art. 162, § 5º, do RISTJ."

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA**

Número Registro: 2013/0039269-9

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.368.773 / MS

Números Origem: 00063494420028120000 021000207121 021000207121001 20020077909
20020077909000000 20020077909000100 2003000977 21000207121
21000209302 63494420028120000

PAUTA: 06/12/2016

JULGADO: 06/12/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Relator para Acórdão

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **SANDRA VERÔNICA CUREAU**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : CESP COMPANHIA ENERGÉTICA DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RUBENS FERRAZ DE OLIVEIRA LIMA E OUTRO(S) - SP015919
RECORRIDO : EXPORTADORA E IMPORTADORA AEROCEÂNICA LTDA -
MICROEMPRESA
ADVOGADO : ROBERTO DE DIVITIIS E OUTRO(S) - SP026079
INTERES. : ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : ELIVAL DA SILVA RAMOS E OUTRO(S) - SP050457

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO -
Intervenção do Estado na Propriedade - Desapropriação por Utilidade Pública / DL 3.365/1941

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). RUBENS FERRAZ DE OLIVEIRA LIMA, pela parte RECORRENTE: CESP COMPANHIA ENERGÉTICA DE SÃO PAULO

Dr(a). ROBERTO DE DIVITIIS, pela parte RECORRIDA: EXPORTADORA E IMPORTADORA AEROCEÂNICA LTDA

Dr(a). PEDRO UBIRATAN ESCOREL DE AZEVEDO, pela parte INTERES.: ESTADO DE SÃO PAULO

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Renovado o julgamento, após o voto do Sr. Ministro Francisco Falcão, acompanhando a divergência inaugurada pelo Sr. Ministro Herman Benjamin, a Turma, por maioria, conheceu em

Superior Tribunal de Justiça

parte do recurso e, nessa parte, deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Herman Benjamin, que lavrará o acórdão. Vencidos o Sr. Ministro Og Fernandes e a Sra. Ministra Assusete Magalhães."

Votaram com o Sr. Ministro Herman Benjamin os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques e Francisco Falcão.

