

**DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**  
**CONCURSO PÚBLICO**  
**CARGO DE DEFENSOR PÚBLICO FEDERAL DE SEGUNDA CATEGORIA**

**PROVA ORAL/MALOTE 4**

**GRUPO III – DIREITO ADMINISTRATIVO**

**QUESTÃO 1**

Considerando que a jurisprudência do STJ já firmou entendimento de que cabe desistência da desapropriação, responda justificadamente aos seguintes questionamentos.

- 1 Quais são as condições para que tal desistência seja viabilizada?
- 2 Há fato que impeça a concretização de tal desistência?

**TÓPICOS DOS OBJETOS DE AVALIAÇÃO ABORDADOS**

12 Intervenção do Estado na propriedade: limitações administrativas, tombamento, requisição, servidão, ocupação temporária e desapropriação.

**PADRÃO DE RESPOSTA**

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 ele seja utilizado como antes.

O raciocínio 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.

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 foi recebido ou com danos de pouca monta, não se admitirá a desistência. A desistência é a regra, mas contra ela pode ser alegado fato impeditivo, sendo do expropriado o ônus da prova de sua existência. Trata-se de aplicação da tradicional regra que vinha consagrada no art. 333, II, do CPC/1973, repetida no art. 373 do CPC/2015. Ademais, a Constituição Federal, em seu art. 5.º, 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. Da mesma forma, inverter o ônus da prova em detrimento do ente público viola a cláusula do devido processo legal, estabelecida no art. 5.º, LIV, da Constituição Federal.

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 259 m para 257 m, 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 1.º 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 1.º 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. Ministro 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 N.º 7/STJ.**

6. A alegada violação ao art. 267, VIII, do CPC/1973 é passível de conhecimento, não havendo óbice trazido pela Súmula n.º 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. 989-90).

**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. 5.º, 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. 5.º, 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 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 1.º grau, ressalvado o direito da Aeroceânica promover ação de perdas e danos para reparação de prejuízos que eventualmente lhe tenham, concretamente, sido causados.

(REsp 1368773/MS, Rel. Ministro Og Fernandes, Rel. p/ Acórdão Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 6/12/2016, DJe 2/2/2017.)

**DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO  
CONCURSO PÚBLICO  
CARGO DE DEFENSOR PÚBLICO FEDERAL DE SEGUNDA CATEGORIA**

**PROVA ORAL/MALOTE 4**

**GRUPO III – DIREITO DO TRABALHO**

**QUESTÃO 2**

Considere a seguinte situação hipotética:

Por meio de laudo pericial, determinado ambiente de trabalho foi considerado insalubre.

Nesse caso, é devido o pagamento de adicional de insalubridade ainda que a referida atividade não conste na relação oficial elaborada pelo Ministério do Trabalho e Emprego? Justifique a sua resposta.

**TÓPICOS DOS OBJETOS DE AVALIAÇÃO ABORDADOS**

23 Periculosidade e insalubridade.

**PADRÃO DE RESPOSTA**

Se a atividade não foi incluída na relação oficial elaborada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, ainda que o laudo pericial tenha constatado a insalubridade, não é devido o pagamento do adicional de insalubridade. Nos termos do item I da Orientação Jurisprudencial n.º 4 da SBDI-1, “não basta a constatação da insalubridade por meio de laudo pericial para que o empregado tenha direito ao respectivo adicional, sendo necessária a classificação da atividade insalubre na relação oficial elaborada pelo Ministério do Trabalho”. Sendo assim, além da constatação, por laudo pericial, do contato do empregado com agente insalubre, é necessário o enquadramento de sua atividade no rol taxativo contido no anexo 14 da NR 15 do MTE.

O TST vem entendendo, por exemplo, que o contato com pacientes ou materiais infectocontagiosos em locais destinados ao atendimento socioeducativo do menor infrator não se encontra previsto na referida norma, de forma que não é devido o adicional de insalubridade, sendo errônea a equiparação de tais ambientes com aqueles destinados a pacientes em isolamento, hospitais ou outros estabelecimentos destinados aos cuidados da saúde humana. Recurso de embargos conhecido e desprovido (E-RR – 1600-72.2009.5.15.0010, Rel. Ministro Renato de Lacerda Paiva, data de julgamento: 13/10/2016, subseção I especializada em dissídios individuais, data de publicação: DEJT 5/5/2017).