

Jurisprudência da Primeira Seção

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL
N. 254.246-SP (2002/0127541-5)

Relatora: Ministra Eliana Calmon

R. p/ o acórdão: Ministro João Otávio de Noronha

Embargante: Estado de São Paulo

Procuradores: Andréa Metne Arnaut e outros

Embargado: Dominique Pierre Faga

Advogados: Paulo César de Carvalho Rocha e outros

EMENTA

Administrativo e Processual Civil. Desapropriação indireta. Restrições administrativas anteriores à aquisição. Parque da Serra do Mar. Inexistência de direito a indenização.

1. Se, quando da realização do negócio jurídico relativo a compra e venda de imóvel, já incidiam restrições administrativas decorrentes dos Decretos ns. 10.251/1977 e 19.448/1982, editados pelo Estado de São Paulo, subentende-se que, na fixação do respectivo preço, foi considerada a incidência do referido gravame.

2. Não há de se permitir a utilização do remédio jurídico da ação desapropriatória como forma de ressarcir prejuízo que a parte, conquanto alegue, à toda evidência, não sofreu, visto ter adquirido imóvel que sabidamente deveria ser utilizado com respeito às restrições anteriormente impostas pela legislação estadual.

3. Embargos de divergência acolhidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, prossequindo no julgamento, por maioria, vencidos a Sr^a. Ministra-Relatora e os Srs. Ministros Franciulli Netto e Luiz Fux, conhecer dos embargos e dar-lhes provimento nos termos do voto do Sr. Ministro João Otávio de Noronha. Votaram com o Sr. Ministro João Otávio de Noronha os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki (voto-vista), Castro Meira e José Delgado. Não participaram do julgamento a Sr^a. Ministra Denise Arruda e os Ministros Humberto Martins e Herman Benjamin (RISTJ, art. 162, § 2^o). Ausente, ocasionalmente, nesta assentada, o Sr. Ministro Luiz Fux. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 13 de dezembro de 2006 (data do julgamento).

Ministro João Otávio de Noronha, Relator

DJ 12.03.2007

RELATÓRIO

A Sr^a. Ministra Eliana Calmon: Por decisão monocrática, o Ministro Humberto Gomes de Barros deu provimento a recurso especial, reformando acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que concluiu não se tratar de apossamento administrativo as restrições decorrentes dos Decretos Paulistas ns. 10.251/1977 e 19.448/1982. Para tanto, aplicou jurisprudência desta Corte sobre a criação do “Parque Estadual da Serra do Mar”, prevalecendo o entendimento de que não houve apossamento administrativo, mas foi esvaziado o conteúdo econômico do bem, ao destacar-se do domínio as prerrogativas de usar e fruir do imóvel, impedindo o tombamento da área a utilização do mesmo segundo sua natural destinação, o que resulta em desapropriação indireta.

Interposto agravo regimental e opostos dois embargos de declaração, assim restaram decididos, respectivamente:

Processual Civil. Agravo regimental. Parque da Serra do Mar. Direito à indenização.

“A circunstância de os expropriados haverem adquirido as terras após a constituição do parque não exclui o direito à indenização, nem limita a sua quantificação, porquanto, os adquirentes se sub-rogaram, ao adquirir o imóvel, no domínio, posse, direito e ações (vinculados ao imóvel).” (REsp n. 82.177/Demócrito)

Agravo Regimental improvido.” (Fl. 1.235)

Processual Civil. Embargos de declaração. Parque da Serra do Mar. Área de preservação permanente. Indenização. Possibilidade. Precedentes.

“I - No ressarcimento por desapropriação, a floresta de preservação permanente que recobre o terreno deve ser indenizada pelo valor econômico que sua exploração poderia gerar, não fosse a vedação administrativa que a impede.

II - Deixar de indenizar as florestas seria punir quem as preservou, homenageando aqueles que as destruíram.” (REsp n. 77.359/Humberto). (Fl. 1.239)



Recurso especial. Embargos de declaração. Omissão e contradição não caracterizadas. Prequestionamento de tema constitucional incabível na via do especial. Embargos não conhecidos.

Não há como apreciar omissão não indicada;

A contradição deve ser verificada nos termos do próprio acórdão embargado, não se prestando os embargos para solucionar suposta divergência jurisprudencial com vistas à modificação do julgado;

Mesmo para os fins do prequestionamento, a via especial é inadequada para o exame de tema constitucional;

Embargos não conhecidos.” (Fl. 1.270)

Interpõe o Estado de São Paulo embargos de divergência, defendendo o cabimento do recurso contra decisão monocrática submetida a agravo regimental (EREsp n. 133.451-SP) e alegando que não seria o caso de admitir o recurso especial porque inviável a revisão dos fatos que levaram o Tribunal de origem a concluir pela existência de esvaziamento econômico da propriedade que sofreu a “restrição” administrativa, sendo hipótese de aplicação da Súmula n. 7-STJ. (REsps ns. 143.661-SP, 268.479-SP e 270.777-SP, dentre outros)

Defende, ainda, a aplicação da Súmula n. 126-STF, porque não atacado, através de recurso extraordinário, o fundamento constitucional do art. 225, § 4º constante do julgado do Tribunal de origem.

No mérito, como paradigmas, trazem os seguintes julgados:

Processual Civil. Recurso especial. Embargos de declaração. Efeito modificativo. Ação de indenização por desapropriação indireta. Limitação administrativa. Área de preservação permanente. Preliminar de prescrição. Afastamento. Interesse de agir. Matéria pendente. Aposamento administrativo. Inexistência. Ausência de prejuízo. Imóvel adquirido após a Lei n. 4.771, de 1965 (Código Florestal). Embargos providos.

Preliminarmente, reconhecendo o equívoco ocorrido tanto no acórdão proferido em sede de apelação, como no v. aresto embargado, impõe-se declarar preclusa a prescrição, por isso que afastada em decisão já transitada em julgado.

Constatada a inexistência de aposamento administrativo ou de qualquer prejuízo dos autores e que os mesmos adquiriram o imóvel após a edição da Lei n. 4.771, de 1965 (Código Florestal), não se configura proibição, mas condicionamento do uso da propriedade e, conseqüentemente, há que ser reconhecida a ausência de interesse dos autores para a propositura da ação de indenização por desapropriação indireta.

Embargos conhecidos e providos, dando-lhes efeitos modificativos.” (EDREsp n. 161.545-SP, Relator Ministro Peçanha Martins, Segunda Turma, unânime, julgado em 25.09.2001, DJ 18.02.2002, p. 283)

Recurso especial. Parque Estadual da Serra do Mar. Qualificação jurídica dos fatos.

As questões relativas ao exame da prova pericial e ao *quantum* fixado a título de indenização, *in casu*, não consistem em matéria puramente de fato. Em verdade, cuida-se a hipótese de qualificação jurídica dos fatos, que se não confunde com matéria de fato.

Antes mesmo da edição do Decreto n. 10. 251/1977 e da tomada de posse pelo expropriado da gleba, já estava em vigor o Código Florestal, Lei n. 4.771/1965, bem como os Decretos n. 50.813/1961 e 24.643/1934, que impunham restrições àquela área e que, certamente, influenciaram na valorização do imóvel.

A indenização é a pedra angular da desapropriação e se destina a promover o equilíbrio entre a situação anterior e posterior do expropriado e não a atender às expectativas da especulação imobiliária.

Recurso especial provido. Decisão unânime.” (REsp n. 196.456-SP, Relator Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, unânime, julgado em 07.08.2001, DJ 11.03.2002, p. 219)

Afirma que, no presente caso, a aquisição se deu não apenas após a edição do Código Florestal, mas após a publicação do ato normativo estadual, como reconhecido nas instâncias ordinárias e nenhum “homem médio” pagaria um preço maior numa propriedade sobre a qual incidam limitações administrativas, acreditando que depois seria ressarcido judicialmente.

Sustenta, ao contrário do que restou decidido na hipótese dos autos, que as áreas legalmente consideradas de preservação permanente, no entender da Segunda Turma, não são indenizáveis:

Desapropriação. Estação Ecológica Juréia-Itatins. Art. 535, inciso II, do Código de Processo Civil. Arts. 1º, 2º e 16, do Código Florestal. Reserva legal. Mata de preservação permanente.

Não há qualquer omissão no que tange à questão objeto dos embargos declaratórios, que examinou suficientemente o tema e expôs seu posicionamento com clareza.

O Código Florestal estabelece, em seu art. 16, que devem ser excluídos da exploração econômica 20% de todas “as florestas de domínio privado”,



exceção feita àquelas “sujeitas ao regime de utilização limitada” e “ressalvadas as de preservação permanente”, estas últimas definidas nos arts. 2º e 3º do mesmo diploma.

Recurso especial parcialmente provido. Decisão por maioria de votos.” (REsp n. 162.547-SP, Relator Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, maioria, julgado em 07.12.2000, DJ 02.04.2001, p. 280)

Como reforço de argumentação, menciona precedente do STF no RMS n. 21.003-DF, segundo o qual:

Quando se trata de florestas e demais formas de vegetação natural que se considerem de preservação permanente, cuja existência decorre de lei, cabe ao proprietário das terras, mesmo públicas, a ação de arborizar ou reflorestar as referidas áreas; ocorrendo omissão do proprietário, fica facultada a ação de conservação da cobertura vegetal pelo poder público, que poderá intervir na propriedade sem desapropriá-la, implantando as florestas ou fazendo o reflorestamento; essas áreas utilizadas pelo poder público ficam isentas de tributação.

Nesta linha de raciocínio, conclui não serem indenizáveis as limitações pertinentes à exploração da floresta.

Admitidos os embargos, manifestou-se a parte contrária, afirmando que ficou proibido de desmatar e usar o solo de sua propriedade rural de 400 alqueires, o que ensejou a impetração de mandado de segurança, que foi ao final denegado no julgamento do REsp n. 27.582-2-SP, quando esta Corte afirmou que o caminho a ser seguido era a ação de desapropriação indireta para obter a justa indenização por sua propriedade ter sido atingida pela criação do Parque Estadual da Serra do Mar, não havendo direito líquido e certo de desmatar área incluída na reserva florestal.

Informa o embargado que na ação indenizatória ajuizada houve realização de prova pericial, mas o pleito inicial foi julgado improcedente, sem levar em conta o julgamento do REsp n. 27.585-2-SP.

Aduz descaber, em sede de embargos de divergência, o reexame da admissibilidade do recurso especial e não ter sido feito o necessário cotejo analítico, demonstrando a similitude das situações, com soluções distintas, restando desatendido o art. 255, §§ 1º e 2º do RISTJ.

Em longo arrazoado, refuta um a um os acórdãos trazidos como paradigmas, para concluir que as situações fáticas dos paradigmas são totalmente distintas; as limitações do Código Florestal (que são parciais) diferem do confisco gerado pela criação do Parque Estadual da Serra do Mar; há direito à indenização, inclusive por se tratar de área de preservação

permanente suscetível de exploração econômica, não se podendo esquecer que o potencial econômico não reside apenas na exploração da madeira da área florestada, mas também no seu patrimônio genético, decorrente da biodiversidade; não se trata de mera limitação administrativa, mas de mutilação do próprio direito de propriedade.

Ao final, pede seja mantida a condenação à indenização das benfeitorias, da terra nua e da cobertura vegetal, estas situadas dentro e fora da área de preservação permanente.

Ouvido, opinou o Ministério Público Federal pelo provimento dos embargos. É o relatório.

VOTO

A Sr^a. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Preliminarmente, rechaço as alegações do Estado de São Paulo em relação ao juízo de conhecimento do recurso especial, que possibilitou o exame do mérito no acórdão impugnado, o qual, por via de agravo regimental, confirmou decisão monocrática do Relator, que proveu o recurso, reformando o acórdão do TJ-SP.

Os embargos de divergência não têm por objetivo corrigir ou rever o acórdão impugnado e, sim, uniformizar a jurisprudência divergente entre as Turmas.

Assim sendo, ultrapasso os apontados óbices quanto ao conhecimento, para cotejar o acórdão impugnado com os acórdãos paradigma.

ACÓRDÃO IMPUGNADO

A decisão monocrática foi atacada por regimental e dois declaratórios, nos quais ficaram assentados os seguintes tópicos:

1. a circunstância de ter sido adquirida a área após a constituição do parque não exclui o direito à indenização, porque os adquirentes sub-rogam-se no direito de ações vinculadas ao imóvel;

2. o parque da Serra do Mar é passível de indenização, mesmo sendo área de preservação permanente, levando-se em conta o valor econômico que sua exploração poderá gerar, não fosse a vedação administrativa que a impede; e

3. deixar de indenizar a floresta seria punir quem a preservou e homenagear seus destruidores.

ACÓRDÃOS PARADIGMA

Os paradigmas, em número de três, todos da Segunda Turma, enunciam:



1. o imóvel adquirido após a Lei n. 4.771, de 1965 (Código Florestal) não proíbe, apenas condiciona o uso da propriedade, sem direito à indenização;

2. o Decreto n. 10.251/1977, a Lei n. 4.771/1965 (Código Florestal) e os Decretos ns. 50.813/1961 e 24.643/1934, impondo restrições à área, influenciam no valor do imóvel;

3. a indenização não atende à especulação imobiliária, serve para equilibrar a situação do expropriado, antes e depois; e

4. o Código Florestal estabelece as diferenças entre as florestas de exploração econômica, aquelas sujeitas ao regime de utilização limitada e as áreas de preservação permanente.

Entendo haver divergência de entendimento, a desafiar os presentes embargos, porque enquanto o acórdão impugnado diz que as limitações administrativas de uso e que esvaziam o seu conteúdo econômico estão sujeitas a indenização, entendem os paradigmas que deve ser feito o exame caso a caso, para saber se merece ou não ser indenizada a limitação administrativa. Vejamos os precedentes específicos para a Serra do Mar, área objeto da desapropriação ora questionada.

O primeiro acórdão paradigma diz, com todas as letras, não haver indenização quando a propriedade sofre o condicionamento de uso, com a criação de área de preservação permanente.

Entretanto, essa posição do Ministro Peçanha Martins é isolada. Tem ele se mantido fiel a tal posicionamento, mas encontra resistência o seu pensar na Segunda Turma, que decide pela indenização na medida em que houver limites ao uso da área: na totalidade do bem, incluindo a terra nua e as acessões; só a terra nua, ou só as acessões, a depender da situação fática. Se, por exemplo, a cobertura vegetal não tem possibilidade de ser aproveitada economicamente, não se há de falar em indenização. Se, diferentemente, há possibilidade de utilização da mata nativa, é natural que a indenização alcance a perda.

As ementas a seguir transcritas demonstram o entendimento da Segunda Turma:

Recurso especial. Parque Estadual da Serra do Mar. Qualificação jurídica dos fatos.

As questões relativas ao exame da prova pericial e ao *quantum* fixado a título de indenização, *in casu*, não consistem em matéria puramente de fato. Em verdade, cuida-se a hipótese de qualificação jurídica dos fatos, que se não confunde com matéria de fato.

Antes mesmo da edição do Decreto n. 10.251/1977 e da tomada de posse pelo expropriado da gleba, já estava em vigor o Código Florestal, Lei n. 4.771/1965, bem como os Decretos ns. 50.813/1961 e 24.643/1934, que impunham restrições àquela área e que, certamente, influenciaram no preço pago pelo expropriado no momento da aquisição do imóvel.

Ainda que não existissem limitações ao direito de propriedade impostas anteriormente pelo Poder Público, uma vez que a topografia da região é montanhosa e a acessibilidade é nula, o aproveitamento econômico da gleba com a extração de madeira é absolutamente inviável, porque seria impossível escoar uma produção cujos custos já seriam elevadíssimos.

A indenização é a pedra angular da desapropriação e se destina a promover o equilíbrio entre a situação anterior e posterior do expropriado e não a atender às expectativas da especulação imobiliária.

(...)

Recurso especial parcialmente provido.

Decisão por maioria de votos.” (REsp n. 122.114-SP, Relator Ministro Paulo Gallotti, Segunda Turma, por maioria, julgado em 06.09.2001, DJ 1º.04.2002)

Administrativo. Agravo regimental. Desapropriação indireta. Criação de parques de preservação ambiental. Serra do Mar. Parque de Marumbi. Precedentes.

1. A criação de parques de preservação ambiental devem respeitar o direito à propriedade.

2. A limitação administrativa que impede o uso, gozo e disposição da totalidade de uma determinada área desnatura-se em uma verdadeira desapropriação indireta, diferentemente das limitações do Código Florestal, relacionadas às matas de preservação permanente. Precedentes.

3. Agravo regimental improvido.” (Ag no REsp n. 146.358-PR, Relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, unânime, julgado em 23.05.2000, DJ 25.09.2000)

Administrativo. Criação do Parque Estadual da Serra do Mar. Desapropriação indireta. Indenização. Devida. Imóveis adquiridos após a criação do parque. Sub rogação.

I - A criação do Parque Estadual da Serra do Mar restringiu o direito de propriedade dos proprietários de glebas abrangidas, impondo-se a justa indenização.



II - O fato de os expropriados haverem adquirido as terras após a constituição do Parque não exclui o direito à indenização, nem limita a sua quantificação, porquanto, os adquirentes se sub rogamam, ao adquirir o imóvel, no domínio, posse, direito e ações.

III - Recurso provido.” (REsp n. 209.297-SP, Relator Ministro Paulo Medina, Segunda Turma, por maioria, julgado em 03.12.2002, DJ 10.03.2003)

Administrativo e Processual Civil. Desapropriação indireta. Natureza da ação: real. Competência absoluta: foro da situação do imóvel. Prescrição: vintenária. Direito a indenização. Sub-rogação. Precedentes do STJ. Recurso não conhecido.

I - Não basta a simples afirmação de que o aresto prolatado nos embargos declaratórios contrariou o art. 535 do CPC. É necessário que o recorrente apresente os motivos pelos quais houve ofensa ao mencionado dispositivo. O recorrente deve indicar precisamente onde esta a omissão, a contradição ou a obscuridade, a fim de que o STJ possa averiguar se o acórdão esta eivado de nulidade.

II - A ação de indenização em razão de desapropriação indireta real, pelo que deve ser proposta no foro da situação do imóvel (primeira parte do art. 95 do CPC).

III - É vintenário o prazo prescricional para a propositura da ação de indenização. Tal prazo corre da data em que efetivamente se deu o apossamento administrativo.

IV - Os adquirentes de imóveis já ocupados pelo poder público também tem direito à indenização, pois sub-rogam-se nos direitos e ações dos alienantes. Os adquirentes só não farão jus à indenização se essa já tiver sido paga aos proprietários anteriores.

V - O proprietário de imóvel abrangido por parque criado pelo poder público faz jus a integral indenização da área atingida, e não apenas em relação à mata a ser preservada.

VI - Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 124.010-SP, Relator Ministro Adhemar Maciel, Segunda Turma, por maioria, julgado em 04.12.1997, DJ 16.04.1998)

A Segunda Turma, para assim proceder enfrenta certa dificuldade em contornar a Súmula n. 7-STJ, se o acórdão não delinea claramente a situação fática, necessitando fazer uma leve incursão na prova. Daí a advertência feita pelo

Ministro Franciulli Netto no voto-vista e que veio a prevalecer no julgamento do REsp n. 122.144-SP:

A distinção entre juízo de fato e juízo de valor se mostra intensamente controvertida, principalmente em virtude da sistematização que se pretende imprimir às ciências sociais e sobretudo ao Direito. O fato e o direito se revelam qualitativa e materialmente análogos, pois, consoante os ensinamentos de Antônio Castanheira Neves, não tem sentido “o querer reduzir a realidade, o mundo real (não apenas ‘idéia’ transcendental) do homem real (não do ‘sujeito em geral’ ou gnoseológico) a ‘puro facto’ ou vê-lo apenas como a matéria de puros juízos-de-facto. O que nela verdadeiramente é dado não são os átomos perceptivos e independentes da determinação abstracta, mas situações, acontecimentos, unitárias realidades de sentido.” (in *Questão de Facto-Questão de Direito ou o Problema Metodológico da Jurisprudência*, Livraria Almedina, Coimbra, 1967, p. 500)

E concluiu o ilustre Ministro:

Dessa forma, em princípio, é viável o presente recurso especial, uma vez que a errônea interpretação ou capituação dos fatos penetra na órbita da qualificação jurídica dos fatos, conforme a assertiva de Gabriel Marty de “que tout problème de qualification est question de droit”. (In *La distinction du fait et du droit*, Paris, Recueil Sirey, 1929, p. 204/205)

Decidi aderir à posição do Ministro Franciulli Netto, diante da grande vivência que teve Sua Excelência no Tribunal de São Paulo, onde tramitaram dezenas de expropriações da Serra do Mar.

Para enfrentar a questão sob esse enfoque, a prova pericial é de importância fundamental, porque pode não haver indenização alguma, o que é muito raro, se a criação do parque nacional é uma limitação administrativa que não onera o proprietário.

A indenização restringe-se apenas à cobertura vegetal, porque não há desapossamento, mas a impossibilidade de explorá-la diante da limitação administrativa.

Também não se indeniza a mata nativa quando não há possibilidade física de ser ela explorada economicamente; caso em que não há frustração alguma do dominus, porque ele jamais poderia dela tirar proveito.

Finalmente, a limitação pode ser de tal ordem, que a propriedade fica inteiramente inutilizada para o fim que lhe destinou seu dono, havendo, então, direito a indenização por inteiro.



A divergência entre as Turmas está na avaliação fática e circunstancial que faz a Segunda Turma, para aceitar ou não a indenização, integral ou parcial.

O Relator do acórdão impugnado, Ministro Humberto Gomes de Barros, aceita como indenizável a mata nativa em qualquer circunstância. E considera que a mera preservação pelo dominus é o suficiente para a indenização. Esse entendimento é o contido no acórdão embargado e em alguns outros da Primeira Turma. Vejamos:

Propriedade. Limitação de uso e de alienação. Desapropriação indireta.

Criado o parque estadual da Serra do Mar, abrangendo toda a propriedade do recorrido, ficou este proibido de efetuar qualquer forma de exploração dos recursos naturais de sua propriedade, inclusive, de desmatar qualquer parte dela.

Ao recorrido cabe a ação de desapropriação indireta, falece-lhe o direito de desmatar qualquer área da propriedade incluída no Parque Estadual.

Recurso provido para negar a segurança.” (REsp n. 27.582-SP, Relator Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, unânime, julgado em 19.10.1992, DJ 07.12.1992)

Administrativo. Desapropriação indireta. Declaração de utilidade pública. Florestas nativas declaradas de preservação permanente. Limitação administrativa. Recurso provido por decisão do Relator.

I - A criação da reserva florestal “Parque Marumbi” não importou em apossamento administrativo, no entanto, esvaziou o conteúdo econômico da propriedade, ao destacar do domínio as prerrogativas de usar e fruir do bem.

II - “Deixar de indenizar as florestas seria punir quem as preservou, homenageando aqueles que as destruíram.” (REsp n. 77.359/Humberto).” (REsp n. 188.781-PR, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, por maioria, julgado em 21.09.1999, DJ 29.11.1999)

No julgamento do agravo regimental, que originou o acórdão impugnado, o Relator, ao reafirmar a sua decisão monocrática, deixou claro, ao trazer, como fundamento, aresto de sua relatoria, em que consta:

(...) A indenização deve ser integral, desde que se configura a restrição total ao uso das matas. (Fl. 1.464)

O pensamento do Relator é no sentido de indenizar as matas, independentemente da possibilidade ou não da sua exploração.

Tal raciocínio, entretanto, é isolado, porque, em outros julgados da Primeira Turma, existe a preocupação em se destacar a viabilidade econômica da cobertura vegetal. Vejamos os arestos:

Desapropriação indireta. Tombamento. Parque Florestal. Natureza de ação: real. Foro da situação do imóvel. Prescrição: vintenária. Direito a indenização. Juros compensatórios indevidos. Cobertura vegetal. Exclusão. Verba honorária. Súmula n. 7.

“A jurisprudência vem firmando o entendimento de que as restrições de uso de propriedade particular impostas pela Administração, para fins de proteção ambiental, constituem desapropriação indireta, devendo a indenização ser buscada mediante ação de natureza real, cujo prazo prescricional é vintenário.” (REsp n. 149.834-SP, Relator Ministro José Delgado, DJU 21.03.1999, p. 81)

(...)

A cobertura vegetal em questão, integrante da mata atlântica, é caracterizada unicamente como acessório da terra nua, englobada então nos valores fixados para seu pagamento. A vegetação em comento, em face da dificuldade de acesso para sua exploração, conseqüência da irregularidade do terreno, tem valor econômico desprezível, não incidível na indenização.

(...)

Recurso especial dos autores improvido.

Recurso especial da Fazenda Estadual parcialmente provido.” (REsp n. 307.535-SP, Relator Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, unânime, julgado em 12.03.2002, DJ 13.05.2002). (Grifos nossos)

Desapropriação indireta. Parques Nacionais, Estaduais e Municipais. Preservação ambiental. Limitações administrativas. Servidão. Ocupação permanente com a notificação da destinação natural da propriedade. Indenização devida. Lei n. 4.771/1965. Decreto Estadual n. 10.251/1977-SP Arts. 130, 183, 335, 436, 437 e 438, CPC. Art. 257-RISTJ. Súmula n. 456-STF.

1. O poder público pode criar parques (art. 5º, Lei n. 4.771/1965), ficando resguardado o direito de propriedade, com conseqüente reparação patrimonial, quando ilegalmente afetado.

2. Ditando o acórdão a imprescindibilidade da perícia e afirmando a inexistência do direito à vindicada indenização, na apreciação recursal, acertado este direito, adernando perplexidade, para espancar a possibilidade de ficar inexequível o julgado, falta da fixação do justo preço, a renovação da prova técnica e caminho recomendado pela prudência, de modo



a propiciar ao juiz a formação de sua livre convicção na execução que será processada (arts. 130 e 437, CPC).

3. Precedentes da jurisprudência.

4. Recurso provido.” (REsp n. 40.796-SP, Relator Ministro Milton Luiz Pereira, Primeira Turma, por maioria, julgado em 24.10.1994, DJ 28.11.1994)

Administrativo. Desapropriação indireta. Parques florestais.

1. A ação de desapropriação indireta visa indenizar o proprietário dos prejuízos sofridos pelo apossamento do seu bem, de modo indevido pelo Poder Público, bem como transmitir a esse o domínio.

2. Se incorre o apossamento do bem, não há que se falar em imperatividade judicial da ação de desapropriação indireta.

3. Limitações administrativas, quando configuradas, devem ser analisadas, para fins de indenização, em cada caso específico.

4. A instituição de Parques Florestais pode resultar em limitações administrativas ou apossamentos administrativos. Estes, quando há vedação total do uso, gozo e fruição da propriedade que passa a servir, integralmente, ao interesse público em face da necessidade de proteção ao meio ambiente.

5. Acórdão que reconheceu inexistir, no caso em julgamento, apossamento administrativo e diminuição do patrimônio do proprietário, considerando, portanto, improcedente pedido em ação de desapropriação indireta, ressaltando, contudo, a pretensão de indenização por limitação administrativa, caso tal fique caracterizado.

6. Impedimento da Súmula n. 7-STJ, de reexaminar a questão supra em sede de recurso especial.

7. Divergência jurisprudencial não demonstrada.

8. Violação do art. 524, do Código Civil, inexistente.

9. Recurso parcialmente conhecido, porém, nesta parte, improvido.” (REsp n. 250.966-SP, Relator Ministro José Delgado, Primeira Turma, unânime, julgado em 14.11.2000, DJ 05.02.2001)

Desapropriação. Indenização. Cobertura vegetal. Ausência de prejuízo. Impossibilidade de exploração econômica preexistente ao ato expropriatório. Imóvel que se encontra situado no perímetro da Mata Atlântica. Aplicação ao mesmo do art. 225, § 4º, da Constituição Federal.

Juros compensatórios. Incidência a partir da data em que foi proposta a ação direta de desapropriação. Valor da terra nua fixado com base nas provas, pelo que incide a Súmula n. 7-STJ. Impossibilidade de indenização da cobertura vegetal de área considerada de preservação permanente. Recurso especial do Estado de São Paulo parcialmente provido e recurso do expropriado desprovido.

1. Não é devida indenização pela cobertura vegetal de imóvel desapropriado se já anteriormente à dita desapropriação, configurada estava a impossibilidade de sua exploração econômica. Não resta, destarte, caracterizado o prejuízo a ensejar a indenização. Ademais, deve salientar-se que o imóvel expropriado insere-se naqueles do art. 225, § 4º, da Constituição Federal.

2. Inexistindo a possibilidade de se determinar o momento de imissão na posse, os juros compensatórios devem ser contados a partir da propositura da Ação Direta de Desapropriação.

3. O valor da terra nua foi fixado pelo acórdão com base em laudo técnico de maneira que a reavaliação desse critério torna-se inviável em sede de Recurso Especial, pelo óbice da Súmula n. 7-STJ.

4. Não é devida indenização da cobertura vegetal considerada de preservação permanente.

5. Recurso especial do Estado de São Paulo parcialmente provido e Recurso Especial do expropriado, desprovido.” (REsp n. 123.835-SP, Relator Ministro Milton Luiz Pereira, Primeira Turma, por maioria, julgado em 06.06.2000, DJ 1º.08.2000). (Grifos nossos)

Parece-me que a matéria é da maior pertinência, merendo posicionamento da Seção.

Segundo minha compreensão, a jurisprudência dos Tribunais Superiores criou o entendimento de que as matas nativas são indenizáveis, quando podem ser exploradas economicamente pelo seu proprietário.

Assim sendo, quando o Código Florestal proíbe a exploração, classificando como área de preservação um certo percentual da propriedade, naturalmente que tais acessões são bens que perdem o valor econômico por se situarem fora do comércio.

Tal posicionamento jurisprudencial veio em temperança a uma fase em que poucos julgados, inclusive do STF, aceitavam como indenizável toda a mata, inclusive as de área de preservação ambiental.



Ao adotar-se o critério da utilidade comercial do bem como parâmetro para indenizar, ficou inteiramente fora da possível compensação o que não pode e nunca poderá ser objeto de comércio.

Sem respaldo legal, nasceu na jurisprudência o entendimento de que, na estimativa da justa indenização, era preciso que se avaliasse, em separado, as acessões, porque, muitas vezes, o seu valor era de grande significado.

Foram do extinto Tribunal Federal de Recursos as primeiras decisões em torno do tema, o qual avançou lentamente, sem respaldo legislativo, consolidando-se, assim, a orientação de serem indenizáveis as matas e florestas em termos percentuais, conforme decidido nas ACs ns. 122.323-AC e 118.641-AC, versando sobre indenizações da mata em percentual de 10% (dez por cento) do valor global, estimado em separado do valor da terra nua.

A idéia de não ser mais possível excluir-se da indenização as matas de formação natural, visto que, no mercado imobiliário, era irrecusável a influência desses dados na composição do preço global, de tão verdadeira, foi incorporada no Decreto n. 56.792/1965, ao regulamentar o Estatuto da Terra.

Sim, porque ali, ao fixar-se a base de cálculo dos tributos devidos pela propriedade rural, separou-se o valor da terra nua do valor das benfeitorias, nelas incluídas as árvores, matas e florestas.

Confirmou a Suprema Corte a posição, pela palavra abalizada do Ministro Moreira Alves:

Desapropriação. Cobertura florística.

A circunstância de o proprietário não poder explorar a mata existente em seu imóvel, por força de vedação prevista no Código Florestal, não dispensa o expropriante do dever de indenizá-lo pelo valor dessa mata. Afastando a alegação de contrariedade aos arts. 5º, XXIII (“a propriedade atenderá a função social”) e 225, *caput*, § 4º, da CF, a Turma negou provimento a agravo regimental interposto pelo Estado de São Paulo. Cuidava-se, na espécie, de ação expropriatória visando à criação de estação ecológica. (AI n. 187.726, Relator Ministro Moreira Alves)

O direito pretoriano sempre contou com a resistência daqueles que consideravam absurdo indenizar o Estado bem que é única e exclusivamente obra da natureza, surgido sem esforço ou investimento do seu dono. Tal argumento não me parece científico, sob o aspecto ontológico, pois a herança é obtida sem esforço do *dominus*, que a arrecada gratuitamente, mas que, nem por isso, deixa de ter valor econômico.

Ora, dizer que o preço do imóvel será o do mercado e apurado em sua totalidade, com a inclusão das acessões naturais, matas e florestas, em nada altera o entendimento jurisprudencial, sobretudo quando ficou consignado expressamente:

Integram o preço da terra as florestas naturais, mata nativas e qualquer outro tipo de vegetação natural, não podendo o preço apurado superar, em qualquer hipótese, o preço do mercado do imóvel. (§ 2º, art. 12 da Lei n. 8.629/1993)

A nova redação do art. 12 da Lei n. 8.629/1993 contempla, de forma explícita, a indenização das terras e das acessões naturais, matas e florestas, só assim considerada justa, preconizando que deve ela refletir o preço de mercado do imóvel, observando-se, para tanto: localização e dimensão do imóvel, aptidão agrícola, área ocupada, data da posse, funcionalidade, tempo de uso e estado de conservação das benfeitorias.

Temos então que a jurisprudência orientou o legislador no sentido de aceitar expressamente a indenização das matas nativas, mas, na prática, determina que se avalie, em cada caso, o critério da sua utilidade, da viabilidade econômica do seu uso, a fim de ser possível a mensuração do seu valor.

A divergência que se verifica resume-se na posição do Relator, de que toda mata nativa é indenizada, sem submetê-la ao crivo do exame da viabilidade econômica. E isso porque, nos demais pontos, inclusive quanto ao fato de ter-se dado a aquisição do imóvel após o decreto que criou o parque de preservação, não há nenhum dissenso.

Assim sendo, conheço dos embargos de divergência para dar-lhes parcial provimento, a fim de que prevaleça tese do acórdão paradigma.

Prosseguindo-se, tem-se como necessário o retorno dos autos ao Tribunal de origem, a fim de que, dentro do entendimento desta Corte, seja produzida a prova técnica para a demonstração inequívoca quanto à possibilidade de haver ou não exploração econômica da cobertura florestal, aspecto não enfrentado pelo Tribunal.

É o voto.

VOTO-PRELIMINAR

A Sr^a. Ministra Eliana Calmon: Sr. Presidente, a Corte Especial já firmou entendimento de que são possíveis embargos de divergência no juízo de conhecimento se, neste juízo, existe divergência de acórdãos. No caso, a tese central dos embargos foi examinada, inclusive, pelo Colegiado — o referido recurso foi



decidido pelo art. 557, mas, no agravo regimental, o mérito foi examinado, no qual constata-se existirem, sim, divergências de tese jurídica — e, pela finalidade dos embargos de divergência, não posso ficar apenas no cotejo antecedente do juízo de conhecimento.

Assim, ultrapasso a preliminar do não-conhecimento, mas se V. Ex^{as}. acharem por bem, posso destacá-la.

VOTO-PRELIMINAR

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: Sr. Presidente, na verdade, não discuti matéria de fato, apenas disse que eram indenizáveis, reportando-me a um acórdão antigo da Turma, consagrado pela Seção, afirmando que, se punimos quem conservou mata, se não se indeniza, é punir quem conservou. Já sofri isso também. Chamava de crise infantil da ecologia brasileira: punia-se ao invés de dar incentivos para quem conservasse. Tal fato muito me preocupou.

Voto pelo conhecimento dos embargos de divergência.

VOTO-PRELIMINAR

O Sr. Ministro Luiz Fux: Sr. Presidente, gostaria de fazer apenas uma ponderação.

Muito embora tenha pleno conhecimento de que tais recursos são admitidos e apreciados por conta de supostas fraudes aqui noticiadas na fala do representante do Ministério Público, sob um ângulo estritamente técnico, todos esses recursos visam a impor ao Superior Tribunal de Justiça um reexame de matéria fática pericial, que o transforma numa terceira instância, numa instância de apelação reiterada, e assim o fazemos porque o STJ tem a obrigação de exarar decisões exemplares que valham para todo o território nacional; isso é profilático, é ético e, por isso, analisamos aspecto fático, muito embora, tecnicamente, seja uma posição anômala deste Tribunal, pois, se não podemos em recurso especial apreciar matéria fática, *a fortiori* não se pode apreciar matéria de fato nos embargos de divergência.

Não obstante o Tribunal é de precedentes, e me curvo à função uniformizadora, mas ressalvo meu ponto de vista, pois sempre tive dificuldade em fazer a distinção entre análise de fato e qualificação jurídica do fato. No meu modo de ver, se, por exemplo, a lei estabelece que um fato só pode ser comprovado por prova pericial e o juiz analisa a prova à luz eminentemente das testemunhas, há uma violação da lei quanto à qualificação jurídica do fato. Entretanto, saber

quanto vale uma terra e saber se a perícia foi correta ou incorreta, é análise de fato, que esbarra na Súmula n. 7, não fosse a denúncia levantada pelo Ministério Público, sempre invocada e, lamentavelmente, nunca comprovada. Nossa dificuldade está em que sempre estamos ouvindo falar sobre o assunto, mas nunca temos dados concretos, o que seria interessante porque, ou, de uma vez por todas, assumiríamos todos os processos da Serra do Mar, que vêm de São Paulo, ou, então, não conheceríamos a semelhança do que fazemos com os demais. O grande problema é que, por exemplo, numa desapropriação, não conhecemos porque é matéria de fato, e, noutra, conhecemos. O Tribunal de precedentes é servil exatamente porque o precedente é uma forma de consagrar o princípio da igualdade: “para causas iguais, soluções iguais”.

Acompanho o voto da Sr^a. Ministra-Relatora, com esta ressalva.

VOTO-MÉRITO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Sr. Presidente, algumas observações foram feitas e precisam ser bastante destacadas para que possamos colocar bem a nossa posição.

Em primeiro lugar, não obstante nessa amizade imanente e notória, quero dizer que assisti hoje ao voto mais perfeito, absolutamente brilhante, sobre essa questão da Serra do Mar, até hoje, exarado pela eminente Ministra Eliana Calmon, por tocar em todos os pontos controvertidos, pela sua juricidade e pela ética que o envolve. Na verdade, a preocupação ética que se tem demonstrado em relação a esses processos é geral, porque faz parte da índole não só de Ministros isolados, mas de todos os que compõem o Superior Tribunal de Justiça. A ética com que atuamos, não é qualidade, é dever de ofício.

Evidentemente, o Sr. Ministro Franciulli Netto tem mais conhecimento de causa porque todos os feitos provêm do Tribunal de Justiça de São Paulo, que é a sua terra natal; eu, particularmente, não conhecia essa problemática. Curvo-me à constatação da experiência não só do Sr. Ministro Franciulli Netto, mas também à do ilustre Representante do Ministério Público. Nessas hipóteses, ainda que não comprovadas, incide a máxima *in dubio pro societate*, e essa tem sido a orientação da Primeira Turma, tanto que foi citado o acórdão do Sr. Ministro José Delgado, que tem sido severamente vigilante naquela Turma quanto a esse tema. A divergência lavrada decorre de uma afirmação feita de que o Supremo Tribunal Federal não indeniza matas de preservação permanente, porque é oriunda de uma legislação.

Modernamente, em 2003, o Supremo Tribunal Federal tem assentado, em primeiro lugar, a indenizabilidade dessas matas de preservação permanente,



como ressaltou a Sr^a. Ministra Eliana Calmon, desde que particularmente se comprove que são exploráveis totalmente ou parcialmente; em segundo lugar, a genialidade do Sr. Ministro Marco Aurélio, permitiu-o pinçar um argumento extremamente procedente, no sentido de que, às vezes, a lei também causa prejuízo. Se a parte adquire uma propriedade e, posteriormente, surge uma lei que cria limitações a essa propriedade, há também no campo do Direito, citado por vários catedráticos — e Deus me deu a sorte de também ser um catedrático submetido a todos os concursos regidos pela leis da República — de que há responsabilidade civil pelos atos legislativos desde que esses tenham efeito concreto.

Ora, se surge um código florestal que cria uma limitação numa área que surpreende o cidadão, evidentemente que ele tem direito a essa indenização, como V. Ex^a. estabeleceu no seu voto, submetendo essa indenização a uma aferição fático-probatória por meio de uma perícia.

A minha ressalva e a minha irresignação evidentemente é a de que nenhum de nós vai se esconder atrás da Súmula n. 7, porque o ideal seria revogá-la, tantas são as exceções práticas. Isto porque, em um caso de desapropriação, não atendemos à aflição do jurisdicionado que reclama por uma justa indenização, sob a alegação de que a sua pretensão esbarra na Súmula n. 7 e, no outro caso, atendemos.

Ora, o precedente judiciário, repito, é servil à consagração do princípio da isonomia, e na hora em que transpomos a Súmula n. 7, num caso, e esbarramos nela em outro, estamos, evidentemente violando-a. Foi essa a conotação que quis dar, muito embora repise que, hoje, assisti ao proferimento do voto mais perfeito sobre essa questão da Serra do Mar, que me esclareceu absolutamente todos os pontos de vista.

Com essas ressalvas anotadas pelas notas taquigráficas, quero prazerosamente, elogiosamente e orgulhosamente acompanhar o voto da Sr^a. Ministra Eliana Calmon, conhecendo dos embargos de divergência e dando-lhes parcial provimento.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Cuida-se de embargos de divergência interpostos pela Fazenda do Estado de São Paulo em face de *decisum* que apreciou agravo regimental em recurso especial, oriundo da Primeira Turma, relatado pelo Ministro Humberto Gomes de Barros, assim ementado:

“Processual Civil. Agravo regimental. Parque da Serra do Mar. Direito à indenização.

“A circunstância de os expropriados haverem adquirido as terras após a constituição do parque não exclui o direito à indenização, nem limita a sua quantificação, porquanto, os adquirentes se sub-rogaram, ao adquirir o imóvel, no domínio, posse, direito e ações (vinculados ao imóvel).” (REsp n. 82.177/Demócrito)

Agravo Regimental improvido.”

Em sua manifestação, a Ministra Eliana Calmon, relatora do presente recurso, entendeu que:

“A divergência que se verifica resume-se na posição do Relator, de que toda mata nativa é indenizada, sem submetê-la ao crivo do exame da viabilidade econômica. E isso porque, nos demais pontos, inclusive quanto ao fato de ter-se dado a aquisição do imóvel após o decreto que criou o parque de preservação, não há nenhum dissenso.” (Grifei)

Assim sendo, conheço dos embargos de divergência para dar-lhes parcial provimento, a fim de que prevaleça tese do acórdão paradigma.

Prosseguindo-se, tem-se como necessário o retorno dos autos ao Tribunal de origem, a fim de que, dentro do entendimento desta Corte, seja produzida a prova técnica para a demonstração inequívoca quanto à possibilidade de haver ou não exploração econômica da cobertura florestal, aspecto não enfrentado pelo Tribunal.”

Solicitei vista para melhor apreciação da matéria e, após atento exame dos autos, cheguei a conclusão em sentido diverso daquele manifestado pela eminente relatora no tocante à questão da aquisição do imóvel ter ocorrido após a edição dos Decretos Paulistas ns. 10.251/1977 e 19.448/1982.

Entendo que, nesse ponto, o dissenso restou caracterizado. O aresto embargado, proferido em agravo regimental, deu provimento ao recurso especial para reformar o acórdão do Tribunal de origem que decidira pela improcedência do pedido de indenização, ao entendimento de que “a circunstância de os expropriados haverem adquirido as terras após a constituição do parque não exclui o direito à indenização, nem limita a sua quantificação, porquanto, os adquirentes se sub-rogaram, ao adquirir o imóvel, no domínio, posse, direito e ações (vinculadas ao imóvel).” (Fl. 1.235)

Por sua vez, os paradigmas constantes dos EDcl no REsp n. 161.545-SP, Relator Ministro Francisco Peçanha, DJ 18.02.2002 (fls. 1.293/1.302) e do REsp n. 196.456-SP, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ 11.03.2002 (fls. 1.304/1.323), decidem em sentido diverso, afastando a possibilidade de indenização quando a aquisição do imóvel se dá após a vigência da legislação que estabelece o



condicionamento do uso da propriedade, no caso a constituição do parque da Serra do Mar, *verbis*:

“Constatada a inexistência de apossamento administrativo ou de qualquer prejuízo dos autores e que os mesmos adquiriram o imóvel após a edição da Lei n. 4.771, de 1965 (Código Florestal), não se configura proibição, mas condicionamento do uso da propriedade e, conseqüentemente, há que ser reconhecida a ausência de interesse dos autores para a propositura da ação de indenização por desapropriação indireta.

Embargos conhecidos e providos, dando-lhes efeitos modificativos.” (EDcl no REsp n. 161.545)

“Antes mesmo da edição do Decreto n. 10.251/1977 e da tomada de posse pelo expropriado da gleba, já estava em vigor o Código Florestal, Lei n. 4.771/1965, bem como os Decretos ns. 50.813/1961 e 24.643/1934, que impunham restrições àquela área e que, certamente, influenciaram na valorização do imóvel.

A indenização é a pedra angular da desapropriação e se destina a promover o equilíbrio entre a situação anterior e posterior do expropriado e não a atender às expectativas da especulação imobiliária.” (REsp n. 196.456-SP)

Assim, considero ultrapassado o conhecimento quanto a esse aspecto, e nesse ponto, verifico que esta Corte firmou o entendimento de que as limitações administrativas, quando demonstrada a existência de efetivo prejuízo diante da vedação do uso, gozo e fruição da propriedade particular, constituem verdadeira desapropriação indireta, razão pela qual se impõe a indenização.

Contudo, nos presentes autos, não há falar em prejuízo, pois, quando da realização do negócio jurídico relativo à compra e venda do imóvel, já incidiam sobre ele as restrições impostas pelas mencionadas leis estaduais. Essa questão está bem delineada no acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, exarado em embargos infringentes (fls. 825/826) nos seguintes termos:

“Demais, essas limitações trazidas não inutilizaram o direito de propriedade, tanto que o proprietário do imóvel, ao tempo em que trazidas, conseguiu vendê-lo ao autor embargante. Não se nega que elas trouxeram desvalorização, mas essa foi sofrida pelo anterior proprietário, que transmitiu o domínio como o tinha, e ciente o comprador das limitações (art. 1.122 e *caput* do art. 1.101, ambos do Código Civil). Isso fica mais claro se se verificar que o preço que o autor-embargante pagou pelo imóvel, corrigido para a época da avaliação (dezembro de 1995), foi de R\$ 24.301,86 (vinte

e quatro mil, trezentos e um reais e oitenta e seis centavos) enquanto que, segundo essa mesma avaliação, sem as restrições, valeria R\$ 2.291.300,00 (dois milhões, duzentos e noventa e um mil e trezentos reais), ou R\$ 439.663,00 (quatrocentos e trinta e nove mil, seiscentos e sessenta e três reais).” (Fl. 826)

Ora, se, quando da aquisição do imóvel pelo recorrido, já incidiam sobre ele, conforme se infere do delineamento fático do acórdão, as restrições administrativas, forçoso é concluir que, na fixação do preço do negócio, tal gravame restou considerado.

Assim, não se pode, por meio do remédio jurídico da ação desapropriatória, ressarcir prejuízo que o embargado, à toda evidência, não sofreu, visto que adquiriu sabidamente um imóvel que haveria de ser utilizado com respeito às restrições que já haviam sido impostas pelas mencionadas leis estaduais.

Menciono, nessa linha de entendimento, o AgRg no Ag n. 404.715-SP Segunda Turma, de minha relatoria, decisão unânime, DJ 03.11.2004, assim ementado:

“Administrativo e Processual Civil. Agravo regimental. Agravo de instrumento. Recurso especial. Arts. 165, 458 e 535 do CPC. Ausência de violação. Desapropriação indireta. Restrições administrativas. Leis ns. 898/1975 e 1.172/1976. Parque represa *billings*. Inexistência de direito à indenização.

1. Afasta-se a negativa de prestação jurisdicional quando o acórdão recorrido examinou e decidiu fundamentadamente os pontos suscitados pela parte recorrente.

2. Se, quando da realização do negócio jurídico relativo à compra e venda de imóvel, já incidiam restrições administrativas decorrentes das Leis n. 898/1975 e 1.172/1976, editadas pelo Estado de São Paulo, subentende-se que, na fixação do respectivo preço, foi considerada a incidência do referido gravame.

3. Não há de se permitir a utilização do remédio jurídico da ação desapropriatória como forma de ressarcir prejuízo que a parte conquanto alegue, à toda evidência, não sofreu, visto ter adquirido, sabidamente, imóvel que haveria de ser utilizado com respeito às restrições que já haviam sido impostas por leis estaduais.

4. Agravo regimental provido para conhecer do agravo de instrumento e negar provimento ao recurso especial.”



Em face do exposto e pedindo vênia à relatora, acolho os embargos de divergência para fazer valer a tese dos paradigmas que consideram a impossibilidade da propositura da ação indenizatória em casos como os dos presentes autos.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: 1. Trata-se de recurso especial interposto em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, em demanda visando à indenização por desapropriação indireta, deu provimento aos embargos infringentes da Fazenda Estadual, julgando improcedente o pedido, decidindo que a) “não se consegue ver, da simples promulgação e publicação de decretos, um ato de apossamento administrativo, ainda mais quando as limitações neles contidas não discrepam das do Código Florestal”; b) além disso, “essas limitações trazidas não inutilizaram o direito de propriedade, tanto que o proprietário do imóvel (...) conseguiu vendê-lo ao autor embargante”; c) a desvalorização ocorrida “foi sofrida pelo anterior proprietário, que transmitiu o domínio como o tinha, e ciente o comprador das limitações (art. 1.122 e *caput* do art. 1.101, ambos do Código Civil)”, o que resta evidenciado pela comparação entre o valor pago pelo adquirente, corrigido até a época da avaliação (cerca de R\$ 24.000,00 — vinte e quatro mil reais) e o valor aí estimado do imóvel sem as restrições (cerca de R\$ 2.300.000,00 — dois milhões e trezentos mil reais ou de R\$ 440.000,00 — quatrocentos e quarenta mil reais, conforme o critério adotado). (Fls. 825/826)

A Primeira Turma do STJ, em agravo regimental, confirmou a decisão que deu provimento ao recurso especial de fls. 861/932, considerando que “a circunstância de os expropriados haverem adquirido as terras após a constituição do parque não exclui o direito à indenização, nem limita a sua quantificação, porquanto os adquirentes se sub-rogaram, ao adquirir o imóvel, no domínio, posse, direito e ações (vinculados ao imóvel)” (fl. 1.235). Na apreciação dos embargos de declaração, esclareceu a Primeira Turma que “no ressarcimento por desapropriação, a floresta de preservação permanente que recobre o terreno deve ser indenizada pelo valor econômico que sua exploração poderia gerar, não fosse a vedação administrativa que a impede”. (Fls. 1.236/1.239)

Nos embargos de divergência (fls. 1.276/1.291), o embargante aponta dissídio entre a orientação aí adotada e a a) consolidada nas Súmulas ns. 7 e 126 do STJ, aplicáveis ao caso; b) esposada em julgados em que se decidiu não haver prejuízo a indenizar aos adquirentes de imóveis já afetados pelas restrições administrativas do Código Florestal, restrições essas que, certamente, influenciaram a

valorização da área; c) aquela expressa em julgados em que se decidiu pela não-indenizabilidade das áreas de preservação permanente.

A relatora, Ministra Eliana Calmon, deu parcial provimento aos embargos, determinando o “retorno dos autos ao Tribunal de origem, a fim de que, dentro do entendimento desta Corte, seja produzida a prova técnica para a demonstração inequívoca quanto à possibilidade de haver ou não exploração econômica da cobertura florestal, aspecto não enfrentado pelo Tribunal”, por considerar que a) segundo construção jurisprudencial, a indenização deve corresponder apenas à cobertura vegetal, já que não houve apossamento, mas limitação administrativa, estando condicionado seu deferimento, ainda, à efetiva possibilidade de exploração econômica, a ser aferida caso a caso; b) somente no caso de ficar comprovada a inutilização total da propriedade é que deve ser reconhecido o direito à indenização por inteiro.

O Ministro João Otávio de Noronha divergiu, “para fazer valer a tese dos paradigmas que consideram a impossibilidade da propositura da ação indenizatória em casos como os dos presentes autos”, registrando, em voto-vista, que a) está caracterizado o dissenso quanto ao tema dos efeitos da circunstância de a aquisição do imóvel pelo autor haver sido posterior às restrições; b) não se pode falar, no caso, em prejuízo, pois, quando da compra do imóvel, já incidiam sobre ele as limitações, as quais foram consideradas na fixação do preço, e das quais tinham ciência o ora embargado. Pedi vista.

2. O entendimento adotado pelo acórdão paradigma (REsp n. 196.456-SP) tem respaldo em precedentes de ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção desta Corte, a saber:

“Processual Civil. Parque Ecológico da Serra do Mar. Aquisição posterior à criação do Parque. Indenização mitigada.

Tendo o recorrente adquirido o imóvel após a criação do Parque Ecológico, conhecendo as limitações a ele impostas, vê-se mitigado o direito indenizatório do proprietário.

Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 258.709-SP, Primeira Turma, Ministro Falcão, DJ 24.02.2003)

“Administrativo e Processual Civil. Desapropriação indireta. Restrições administrativas. Decreto n. 10.251/1977. Parque Estadual da Serra do Mar. Ausência de prejuízos. Inexistência de direito à indenização.

1. Não se pode, por meio da ação desapropriatória, ressarcir prejuízo que o recorrente, a toda evidência, não sofreu, visto que adquiriu



sabidamente um imóvel que haveria de ser utilizado com respeito às restrições que já haviam sido impostas.

2. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não-provido.” (REsp n. 407.186-SP, Segunda Turma, Ministro João Otávio Noronha, DJ 18.08.2006)

Ora, no caso, ficou reconhecido no acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça o seguinte:

“Pesem, embora, o brilho dos doutos votos dos Desembargadores Lineu Peinado e Guerrieri Rezende, a razão está, com a devida vênia da preciosa lição dos inumeráveis julgados trazidos aos autos pelo autor-embargante, com o douto voto vencido do eminente Desembargador Pires de Araújo: é que não se consegue ver, da simples promulgação e publicação dos decretos, um ato de apossamento administrativo, ainda mais quando as limitações neles contidas não discrepam das do Código Florestal.

Demais, essas limitações trazidas não inutilizaram o direito de propriedade, tanto que o proprietário do imóvel, ao tempo em que trazidas, conseguiu vendê-lo ao autor embargante. Não se nega que elas trouxeram desvalorização, mas essa foi sofrida pelo anterior proprietário, que transmitiu o domínio como o tinha, e ciente o comprador das limitações (art. 1.122 e *caput* do art. 1.101, ambos do Código Civil). Isso fica mais claro se se verificar que o preço que o autor-embargante pagou pelo imóvel, corrigido para a época da avaliação (dezembro de 1995), foi de R\$ 24.301,86 (vinte e quatro mil trezentos e um reais e oitenta e seis centavos), enquanto que, segundo essa mesma avaliação, sem as restrições, valeria R\$ 2.291.300,00 (dois milhões, duzentos e noventa e um mil e trezentos reais), ou R\$ 439.663,00 (quatrocentos e trinta e nove mil, seiscentos e sessenta e três reais).” (Fls. 825/826)

Subjaz a essa orientação o entendimento de que o princípio constitucional da justa indenização visa a proteger o direito de propriedade, mas não a fomentar enriquecimento indevido, à base de pura especulação imobiliária. Assim a pretensão indenizatória, nos moldes como aqui deduzida (a demandante adquiriu o imóvel por preço equivalente a R\$ 24.301,86 e pretende indenização de R\$ 2.291.300,00) representa, não o exercício de um direito, mas uma invocação abusiva do direito.

3. Também está assentado em precedentes do STJ sobre casos análogos o entendimento de que “o ato administrativo que criou o Parque Estadual da Serra do Mar não impôs aos proprietários outras restrições que não aquelas

decorrentes da legislação constitucional e infraconstitucional, sendo certo que essas limitações administrativas, de caráter geral, não constituem direito que ampare qualquer indenização” (REsp n. 468.405-SP, Primeira Turma, Ministro José Delgado, DJ 19.12.2003). No mesmo sentido: REsp n. 628.698, Primeira Turma, Ministro Francisco Falcão, DJ 13.03.2006)

Subjaz a essa orientação o entendimento de que não há nexo de causalidade, essencial à configuração do direito à indenização pretendida, entre a ação do Estado de São Paulo (de editar o Decreto n. 10.251/1977) e a consequência danosa invocada na demanda, consistente, em última análise, nas severas restrições ao direito de propriedade.

4. Há, ademais, outro fundamento que conduz às mesmas conclusões do acórdão paradigma. Conforme se sabe, o Estado de São Paulo, que inicialmente manifestara a intenção promover uma desapropriação das terras para implantar o Parque da Serra do Mar (tanto que o Decreto n. 10.251/1977, declarou toda a área de utilidade pública com essa finalidade), acabou não concretizando tal intento (houve demandas desapropriatórias apenas em relação a parcelas da área originalmente prevista). Mais ainda: o Estado deixou transcorrer o prazo próprio para promover a desapropriação e manifestou expressamente que não mais pretende desapropriar. Ora, se o Estado não desapropriou e nem quer desapropriar, não há como reconhecer ao particular o direito a ser desapropriado compulsoriamente. Excepciona-se somente a situação da chamada “desapropriação indireta”, hipótese que, uma vez configurada, impõe ao Poder Público a obrigação de indenizar a propriedade, cuja titularidade, por esse mecanismo judicial, se transfere compulsoriamente ao domínio do Estado.

Essa “aquisição compulsória”, bem se percebe, somente pode ser justificada em situações excepcionais. Conforme assentado em doutrina e jurisprudência, o direito a indenização com fundamento em “desapropriação indireta” (aqui invocado como causa de pedir), somente se justifica quando fatos consumados e irreversíveis tornem inevitável a substituição da prestação específica (de restituir a coisa vindicada) por prestação alternativa (de indenizá-la em dinheiro), com a consequente transferência compulsória do domínio ao Estado, situação essa só configurada quando presentes cumulativamente as seguintes circunstâncias: a) o apossamento do bem pelo Estado, sem prévia observância do devido processo de desapropriação; b) a sua destinação (afetação) à utilização pública; e c) a impossibilidade material da outorga da tutela específica ao proprietário, isto é, a irreversibilidade da situação fática resultante do indevido apossamento e da afetação.

No caso, está afastada essa situação, porque, reconhecidamente, a) a mera edição do Decreto n. 10.251/1977 não configurou tomada de posse, a qual



pressupõe necessariamente a prática de atos materiais; b) no plano jurídico-normativo, muito pouco foi inovado, com a edição do Decreto, em relação ao direito de propriedade da autora, cujo conteúdo era delimitado por normas constitucionais (arts. 5º, XXII e XXIII, 170 e 225) e pela legislação ordinária federal (Código Florestal, Lei de Parcelamento do Solo), tendo o citado Decreto apenas declarado de utilidade pública as áreas particulares compreendidas nos limites do Parque nele aludido, tornando-as passíveis de ulterior processo expropriatório — o qual, no entanto, no que se refere às terras da autora, jamais veio a se concretizar. Assim, não se configurou na hipótese a excepcional situação que faça nascer, em favor do proprietário, o direito de transferir a sua propriedade ao Estado, mediante justa indenização.

Essa orientação foi adotada em casos análogos, como, v.g., no REsp n. 442.774, Primeira Turma, Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 20.06.2005 e REsp n. 257.970, Primeira Turma, Ministro Francisco Falcão, DJ 13.03.2006. A propósito, no julgamento do REsp n. 468.405-SP (Primeira Turma, Ministro José Delgado, DJ 19.12.2003), tratando de caso semelhante, sustentei, em meu voto, o seguinte:

“2. A questão primeira a ser enfrentada, prejudicial a todas as demais, é a de definir o direito da autora — e, portanto, o dever do Estado de São Paulo — de que a área seja objeto de desapropriação indireta, isto é, que a propriedade da área seja transferida do particular para o poder público, com as conseqüências daí decorrentes, inclusive no que se refere à integral indenização. A questão tem, no caso, importância ainda maior porque o Estado, que inicialmente manifestara a intenção de desapropriar (tanto que o Decreto n. 10.251/1977, declarou a área de utilidade pública para essa finalidade), acabou não concretizando tal intento, e, mais que isso, declarou, expressamente, que “não desapropriou e nem pretende desapropriar as terras dos autores” (art. 87). Como e por que, nessas circunstâncias, teria a empresa autora o direito de ver seu imóvel desapropriado e, portanto, de obrigar o Estado a desapropriar? Esta a questão primeira e central.

Para respondê-la, é indispensável, antes de mais nada, ter presente a razão de ser e a natureza desse instituto que se costuma denominar de “desapropriação indireta”. Em estudo doutrinário sobre a tutela da posse na Constituição e no atual Código Civil (em *A Reconstrução do Direito Privado*, organizadora Judith Martins-Costa, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 843/861), tivemos oportunidade de tecer, entre outras, as seguintes considerações a respeito:

“É sabido que o instituto da propriedade, fruto de construção jurídica de muitos séculos, que teve seu caráter de inviolabilidade absoluta associado à influência de idéias fundadas no individualismo, recebeu, mais modernamente, uma configuração relativizadora, inspirada sobretudo pelo princípio da ‘função social da propriedade’, do qual decorre um conjunto de limitações ao exercício daquele direito. (...) Por função social da propriedade há de se entender o princípio que diz respeito à utilização dos bens, e não à sua titularidade jurídica, a significar que sua força normativa ocorre independentemente da específica consideração de quem detenha o título jurídico de proprietário. Os bens, no seu sentido mais amplo, as propriedades, genericamente consideradas, é que estão submetidos a uma destinação social, e não o direito de propriedade em si mesmo. (...) Utilizar bens, ou não utilizá-los, dar-lhes ou não uma destinação que atenda aos interesses sociais, representa atuar no plano real e não no campo puramente jurídico. (...) Direito de propriedade e função social das propriedades são, com efeito, valores encartados na Constituição como direitos fundamentais (art. 5º, XXII e XXIII) e como princípios da ordem econômica (art. 170, II e III), com força normativa de mesmo quilate e hierarquia. Vistos em sua configuração abstrata, representam mandamentos sem qualquer antinomia, a merecer, ambos, idêntica e plena observância. Entretanto, não há princípios constitucionais absolutos. E uma das manifestações mais comuns desta verdade fica patenteada nas situações em que, por circunstâncias do caso concreto, mostra-se impossível dar atendimento pleno a normas de mesma hierarquia. (...) Ora, nos casos em que, circunstancialmente, a realidade dos fatos acarreta fenômenos de colisão entre princípios da mesma hierarquia, outra alternativa não existe senão a de criar solução que resulte em concordância prática entre eles, o que somente será possível a partir de uma visão relativizadora dos princípios colidentes. Ou seja: a solução do caso concreto importará, de alguma forma e em alguma medida, limitação de um ou de ambos em prol de um resultado específico. (...) Assim também pode ocorrer, eventualmente, entre direito de propriedade e função social da propriedade. (...) Para situações concretas desta natureza, o legislador, como se verá, tem buscado soluções harmonizadoras, formulando regras de superação do impasse, que, sem eliminar do mundo jurídico nenhum dos princípios colidentes, faz prevalecer aquele que, segundo critério de política legislativa, se evidencia preponderante em face do momento histórico e dos valores jurídicos e sociais envolvidos. (...) A



chamada desapropriação indireta constitui, conforme se demonstrará, fórmula tipicamente pretoriana de resolver o fenômeno concreto de colisão entre o princípio garantidor do direito de propriedade e o que impõe às propriedades uma destinação compatível com a função social”.

Entre as fórmulas encontradas pelo legislador para dirimir situações de tensão concreta entre o direito de propriedade e a função social das propriedades, ambos de estatura constitucional, estão os institutos da usucapião, já sedimentado em nosso direito, mas que tem recebido da Lei e da Constituição formatos atualizados, e o do novel instituto, traçado no art. 1.228, § 4º, do novo Código Civil, denominado “desapropriação judicial”, que, todavia, tem mais semelhanças com uma espécie de usucapião onerosa. Observamos, entretanto, no referido estudo, também o seguinte:

“Colisões semelhantes, todavia, podem ocorrer em circunstâncias novas, para as quais não se terá em mãos a fórmula previamente estabelecida em lei para solucionar o impasse. Diante da omissão legal, cabe ao juiz criá-la. (...) Terá como parâmetro a analogia — que lhe permite adotar para o caso solução dada pelo legislador a caso semelhante — e os princípios gerais do direito, estes aplicados, com a devida ponderação, à luz das circunstâncias e dos valores colidentes em concreto.

É o que tem acontecido nos casos de desapropriação indireta. Conceitua-se como tal a ocupação, pela Administração, de propriedade privada, sem observância de prévio processo de desapropriação, para implantar obra ou serviço público. O ato inicial constitui, no entendimento maciço da doutrina e da jurisprudência, típico esbulho possessório. Ocorre que, implantada a obra ou o serviço — e, portanto, afetado o bem, a destinação de interesse público — surge o conflito de interesse entre o proprietário (esbulhado) e a Administração. A solução dada pelo Judiciário é a de converter a prestação específica (de restituir o bem) em prestação alternativa, de pagar o equivalente em dinheiro, um ‘justo preço’. Daí a denominação de desapropriação indireta.

Quem examina essa solução pretoriana à luz, exclusivamente, do direito de propriedade, chega à conclusão de sua manifesta inconstitucionalidade. Isso porque, dizem os arautos dessa tese, a Constituição teve ‘um propósito radical, que foi o de acobertar a propriedade particular contra as arremetidas do poder político. Para tanto, desenhou

com milimétrica precisão o seu perfil jurídico e, de parelha, indicou de modo exauriente as possibilidades tanto para seu despojamento definitivo quanto provisório’, e nesse sentido qualificou a propriedade como ‘direito subjetivo inviolável’, (...) bem jurídico equiparável à vida, à liberdade e à segurança, que são os valores da mais alta hierarquia, no sistema constitucional pátrio’. (Carlos Ayres de Britto e José Sérgio Monte Alegre, *Desapropriação Indireta — Inconstitucionalidade*, Revista de Direito Público, n. 74, p. 244)

Entretanto, olhada sob o prisma do interesse público e da destinação social do bem, pode-se legitimar constitucionalmente a solução judicial. Não teria sentido algum, com efeito, em nome do direito de propriedade, comprometer a obra pública já realizada e já incorporada a uma destinação comunitária. Aqui, o princípio da função social, tomado no sentido amplo, deve ser privilegiado em face do estrito interesse particular do proprietário. A solução adotada, que se traduz na conversão da prestação específica (restituição do bem) em prestação alternativa de perdas e danos, representa, assim, criação pretoriana de regra para dirimir a colisão, no caso verificada, entre o princípio do direito de propriedade e o da função social das propriedades. Privilegia-se o segundo, mas sem comprometer inteiramente o primeiro, cuja satisfação *in natura* é substituída pela obrigação de indenizar”.

Era já a lição de Pontes de Miranda, para quem “o fundamento da desapropriação está em que, havendo conflito entre o interesse público e o interesse privado, que se não previu em lei, se há de atender àquele, dando-se satisfação a esse, indiretamente” (*Tratado de Direito Privado*, Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, tomo XIV, p. 146/147)

E é, essencialmente, a mesma solução — conversão da prestação específica (restituir a coisa vindicada) em prestação alternativa (indenizá-la em dinheiro) — adotada, por exemplo, nas hipóteses de a) “desapropriação judicial” (espécie de usucapião onerosa regulada pelo § 4º do art. 1.228 do novo Código Civil); b) desapropriação nula, prevista no art. 35 da Lei de Desapropriações (Decreto-Lei n. 3.3.65/1941), bem assim no art. 23 do Estatuto da Terra (Lei n. 4.504/1964) e no art. 21 da Lei Complementar 76/1993; c) edificação ou plantação em terreno alheio, de boa-fé, de construção ou plantação que exceda consideravelmente o valor do terreno (art. 1.255, parágrafo único, do novo Código Civil).

3. Delineada assim a desapropriação indireta, como uma das fórmulas de composição do impasse gerado pela necessidade de dar aplicação



simultânea ao direito de propriedade e à função social das propriedades, cumpre traçar os pressupostos indispensáveis para a sua configuração e aplicação coercitiva. Para que se tenha por caracterizada situação que imponha ao particular a substituição da prestação específica (de retomada plena da sua propriedade), pela prestação alternativa de prestação em dinheiro, com a conseqüente transferência compulsória do domínio ao Estado (é justamente isso que ocorre na desapropriação indireta), é preciso que se verifiquem, cumulativamente, as seguintes circunstâncias: a) o apossamento do bem pelo Estado, sem prévia observância do devido processo de desapropriação; b) a afetação do bem, isto é, sua destinação à utilização pública; e c) a impossibilidade material da outorga da tutela específica ao proprietário, isto é, irreversibilidade da situação fática resultante do indevido apossamento e da afetação.

O apossamento administrativo é conceituado por José dos Santos Carvalho Filho como “o fato administrativo pelo qual o Poder Público assume a posse definitiva de determinado bem” (*Manual de Direito Administrativo*, 10ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 691). A exigência de que haja efetiva ocupação, isto é, imissão na posse por parte do Poder Público é traço tão marcante da desapropriação indireta que alguns doutrinadores chegam a designar o instituto simplesmente como “apossamento administrativo” ou “desapossamento administrativo”. (Odete Medauar, *Direito Administrativo Moderno*, 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 425; Lúcia Valle Figueiredo, *Curso de Direito Administrativo*, 6ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2003)

A afetação é “o fato ou a manifestação de vontade do poder público em virtude do que a coisa fica incorporada ao uso e gozo da comunidade”. (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, 8ª ed., São Paulo: Atlas, 1997, p. 153)

E, finalmente, o traço mais característico da desapropriação indireta é, sem dúvida, a irreversibilidade, entendida como a impossibilidade de desfazimento da situação de fato criada pela ocupação estatal sem que comprometa bem jurídico ainda mais relevante que a propriedade particular sacrificada. Assim, por exemplo, se o Estado constrói estrada sobre terreno de particular, é de se ter por consumado o fato, já que o retorno ao status quo ante implicaria destruição da obra, com evidente comprometimento do interesse coletivo. Somente a irreversibilidade, aliás, tal como aludida, é que justifica que se tolere essa forma de desapropriação, cujo início é marcado pela prática de verdadeiro esbulho possessório por parte do Estado.

Sendo inviável a reversão à situação anterior, outra alternativa não resta ao Juiz senão esta de converter a prestação específica (da garantia plena das faculdades do domínio, nomeadamente esta da restituição da posse), por prestação alternativa de indenização, com a transferência ao Estado do direito de propriedade do bem de se apropriou. É nesse sentido a doutrina de Mário Roberto Velloso — “(a desapropriação indireta] decorre da inviabilidade de reverter-se uma ocupação praticada pelo Poder Público para fins de utilidade pública ou interesse social” (Desapropriação — Aspectos Civis, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 163) — e de José dos Santos Carvalho Filho — “a desapropriação indireta somente se consuma quando o bem se incorpora definitivamente ao patrimônio público.” (Cit., p. 685)

4. Ora, no caso concreto, não se configura situação dessa natureza, já que não está satisfeito qualquer dos requisitos acima aludidos (...). Não há, como se constata, sequer alegação, na petição inicial, de que o Estado tenha praticado qualquer ato atentatório à posse da demandante. Não se pode concordar com a afirmação da sentença de que “o decreto-lei tem caráter de apossamento por si próprio”, já que a tomada da posse pressupõe necessariamente a prática de atos materiais. O esbulho supõe fato. Ele não existe no plano meramente normativo.

5. Por outro lado, não há negar que, também no plano jurídico-normativo, muito pouco foi inovado, com a edição do Decreto n. 10.251/1977, em relação ao direito de propriedade da autora. O regime jurídico do direito de propriedade, de sede constitucional, decorre, entre outras, das seguintes disposições:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

(*Omissis*)

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

(*omissis*)

(...)

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:



(*omissis*)

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

(*omissis*)

VI - defesa do meio ambiente;

(*omissis*)

(...)

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

(*omissis*)

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

(*Omissis*)

§ 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

(*Omissis*)

Assegura a Constituição, portanto, apenas a instituição da propriedade, orientada por determinados princípios, entre os quais sobressai o da sua função social, cabendo à lei regular o exercício e definir o conteúdo e os limites desse direito.

Afirma Hely Lopes Meirelles que “o Estado, no uso de sua soberania interna, pode intervir na propriedade privada e nas atividades particulares por várias

formas, a saber: pelas limitações administrativas gerais, e pelos meios específicos de intervenção na propriedade particular, consistentes na desapropriação, na servidão administrativa, na requisição e na ocupação temporária”. Conceitua a limitação administrativa como “toda imposição geral, gratuita, unilateral e de ordem pública, condicionadora do exercício de direitos ou de atividades particulares às exigências do bem-estar social”, para concluir que “a limitação administrativa difere tanto da servidão administrativa como da desapropriação. A limitação administrativa, por ser uma restrição geral e de interesse coletivo, não obriga o Poder Público a qualquer indenização. (*Direito Administrativo Brasileiro*, 28ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 605/612)

Especificamente no que se refere às áreas consideradas de especial relevância do ponto de vista da proteção do meio ambiente, instituiu o Código Florestal (Lei n. 4.771/1965) uma série de limitações ao direito de propriedade, entre as quais se destacam as constantes dos seguintes dispositivos:

Art. 1º As florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação, reconhecidas de utilidade às terras que revestem, são bens de interesse comum a todos os habitantes do País, exercendo-se os direitos de propriedade, com as limitações que a legislação em geral e especialmente esta Lei estabelecem.

§ 1º As ações ou omissões contrárias às disposições deste Código na utilização e exploração das florestas e demais formas de vegetação são consideradas uso nocivo da propriedade, aplicando-se, para o caso, o procedimento sumário previsto no art. 275, inciso II, do Código de Processo Civil.

(*Omissis*)

(...)

Art. 2º Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:

a) ao longo dos rios ou de qualquer curso d’água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima será:

(*omissis*)

b) ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d’água naturais ou artificiais;

c) nas nascentes, ainda que intermitentes e nos chamados “olhos d’água”, qualquer que seja a sua situação topográfica, num raio mínimo de 50 (cinquenta) metros de largura;

d) no topo de morros, montes, montanhas e serras;



e) nas encostas ou partes destas, com declividade superior a 45º, equivalente a 100% na linha de maior declive;

f) nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues;

g) nas bordas dos tabuleiros ou chapadas, a partir da linha de ruptura do relevo, em faixa nunca inferior a 100 (cem) metros em projeções horizontais;

h) em altitude superior a 1.800 (mil e oitocentos) metros, qualquer que seja a vegetação.

(Omissis)

(...)

Art. 3º Consideram-se, ainda, de preservação permanentes, quando assim declaradas por ato do Poder Público, as florestas e demais formas de vegetação natural destinadas:

a) a atenuar a erosão das terras;

b) a fixar as dunas;

c) a formar faixas de proteção ao longo de rodovias e ferrovias;

d) a auxiliar a defesa do território nacional a critério das autoridades militares;

e) a proteger sítios de excepcional beleza ou de valor científico ou histórico;

f) a asilar exemplares da fauna ou flora ameaçados de extinção;

g) a manter o ambiente necessário à vida das populações silvícolas;

h) a assegurar condições de bem-estar público.

§ 1º A supressão total ou parcial de florestas de preservação permanente só será admitida com prévia autorização do Poder Executivo Federal, quando for necessária à execução de obras, planos, atividades ou projetos de utilidade pública ou interesse social.

(Omissis)

(...)

Art. 14. Além dos preceitos gerais a que está sujeita a utilização das florestas, o Poder Público Federal ou Estadual poderá:

a) prescrever outras normas que atendam às peculiaridades locais;

b) proibir ou limitar o corte das espécies vegetais consideradas em via de extinção, delimitando as áreas compreendidas no ato, fazendo depender, nessas áreas, de licença prévia o corte de outras espécies;

c) ampliar o registro de pessoas físicas ou jurídicas que se dediquem à extração, indústria e comércio de produtos ou subprodutos florestais.

Manoel Queiroz Pereira Calças, em artigo publicado na Revista de Direito Ambiental n. 6 (Desapropriação Indireta e o Parque Estadual da Serra do Mar), após referir tais limitações, conclui que “desde épocas imemoriais, as florestas nativas de nosso país tiveram sua exploração subordinada a limitações administrativas, de caráter geral, que jamais ensejaram a mais remota possibilidade de gerarem direito a indenização em relação ao Estado.” (p. 67)

O Decreto Estadual n. 10.251/1977, por sua vez, instituiu o Parque Estadual da Serra do Mar mediante as seguintes disposições:

Art. 1º Fica criado o Parque Estadual da Serra do Mar, com a finalidade de assegurar integral proteção à flora, à fauna, às belezas naturais, bem como para garantir sua utilização a objetivos educacionais, recreativos e científicos.

(...)

Art. 6º Ficam declaradas de utilidade pública, para fins de desapropriação, por via amigável ou judicial, as terras de domínio particular abrangidas pelo Parque ora criado.

Em 1982, Decreto n. 19.448 alterou a redação do art. 6º, que passou a ser a que segue:

Art. 6º Verificada a existência de terras de domínio particular na área do Parque Estadual da Serra do Mar, será expedido, a cada propriedade, ato declaratório de utilidade pública, para sua oportuna desapropriação após indicação e justificação, em processo regular, pelo Instituto Florestal, órgão da Secretaria da Agricultura e do Abastecimento.

§ 1º Ficam incorporadas, desde já, ao acervo do Parque as terras devolutas estaduais por ele abrangidas.

§ 2º Não se consideram prejudicados os processos desapropriatórios, quer amigáveis ou judiciais, porventura em andamento, à data da publicação deste Decreto.

Como se vê, o mencionado Decreto Estadual declarou de utilidade pública as áreas particulares compreendidas no Parque por ele criado,



tornando-as passíveis de ulterior processo expropriatório. Todavia, como se sabe, a declaração “não opera a transferência da propriedade ou da posse do bem”, produzindo como efeitos “a) a partir de sua divulgação, tem início o prazo decadencial de cinco anos para a declaração de utilidade pública e dois anos para a declaração de interesse social; decorridos tais prazos, o expropriante não mais terá respaldo para promover a expropriação do mesmo bem (...); b) as autoridades administrativas ficam autorizadas a adentrar nos prédios abrangidos na declaração (...); c) as benfeitorias necessárias podem ser realizadas e depois incluídas na indenização (...)”. (Odete Medauar, *Direito Administrativo Moderno*, 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 418)

Poucas foram, no entanto, as expropriações intentadas pela Fazenda do Estado para transferir as áreas de propriedade particular para o patrimônio do Estado (Manoel Queiroz Pereira Calças, cit., p. 68; José Carlos de Moraes Salles, *A Questão das Desapropriações Indiretas na Serra do Mar*, em *Decorrença da Instituição de Parque Estadual pelo Decreto n. 10.251, de 30.08.1977*, Revista dos Tribunais n. 714, p. 311). Para essas hipóteses — ou seja, quando o Estado, com base em juízo discricionário de conveniência e de oportunidade, decidiu realizar a transferência das terras para o seu domínio, promovendo, para tanto, a competente ação de desapropriação —, não pode haver dúvida sobre ser devida indenização, por força de mandamento constitucional (art. 5º, XXIV). Quanto aos demais casos, porém, é absolutamente inviável pretender, sob alegação de que houve desapropriação indireta, o pagamento de indenização, “pois o Estado de São Paulo não ocupou quaisquer dos imóveis situados na Serra do Mar, sendo evidente que não pode o particular pretender compelir o Estado a efetuar a desapropriação de seu imóvel, sob o argumento de que a simples edição do decreto estadual importou no exaurimento da potencialidade econômica do mesmo. A efetivação da desapropriação é ato próprio da soberania estatal, informado pelos princípios da conveniência e da oportunidade”. (Manoel de Queiroz Pereira Calças, cit., p. 68)

A indenização somente poderia ser concedida, segundo o mesmo autor, “se comprovado o efetivo prejuízo decorrente da impossibilidade do proprietário continuar a explorar economicamente a propriedade, anteriormente explorada, em face das restrições derivadas do decreto estadual”. (Cit., p. 68)

Na mesma direção já apontava Pontes de Miranda: “se houve a declaração de desapropriação e não se chegou a acordo, nem foi proposta a

ação de desapropriação, ou foi proposta e o Estado incorreu em absolvição da instância, precluindo-se o prazo de cinco anos, cabe pedir o proprietário indenização pelos danos que lhe causou a declaração de desapropriação”. (*Tratado de Direito Privado*, Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, tomo XIV, p. 247)

No caso em exame, portanto, o Decreto Estadual, aparentemente, não trouxe aos proprietários restrições adicionais àquelas já decorrentes da legislação constitucional e ordinária (Código Florestal — Lei n. 4.771/1965, Lei de Parcelamento do Solo — Lei n. 6.766/1979), as quais, conforme se registrou, consubstanciam limitações administrativas, de caráter geral, e, por isso, não suscetíveis de indenização.

6. Alguns fatos, portanto, são certos. Não houve apossamento das terras pelo Estado, muito menos sua destinação permanente à utilização pública. Tampouco deseja o Poder Público adquirir as áreas, que jamais integraram, fática ou juridicamente, o seu patrimônio. A simples edição do Decreto Estadual não pode ser considerado ato possessório, e, mesmo que o fosse, tratando-se de ato meramente normativo, é certo que não operou, por si só, efeitos irreversíveis. No plano normativo — único onde operou — sua reversibilidade é plenamente aceitável e viável, inclusive, se for o caso, por decisão judicial. Sendo assim, nas circunstâncias, não se pode reconhecer, em favor da proprietária, o direito de se ver desapropriada, ou seja, o direito de obrigar o Estado a adquirir a propriedade, mediante indenização. A plena reversibilidade da situação fática permite-lhe a utilização, se for o caso, dos interditos possessórios, com indubitável possibilidade de obtenção da tutela específica, cumulada, quem sabe, com a indenização pelos danos efetivamente ocorridos por eventual ilegitimidade do ato de criação do Parque. O que não se pode é impor ao Estado a aquisição compulsória das áreas, se ele não a quer, e, sobretudo, se é perfeitamente possível o retorno ao status quo anterior à edição do Decreto. Demonstrada a inocorrência dos pressupostos da desapropriação indireta, por não estar caracterizado qualquer de seus elementos — apossamento do imóvel pelo Poder Público; afetação à utilização pública; irreversibilidade da situação de fato daí decorrente —, impõe-se julgar improcedente o pedido formulado na presente demanda. O que fica ressalvado à autora é o direito de, em ação própria, pleitear do Estado de São Paulo indenização dos prejuízos reais e efetivos que porventura lhe tenha sido causado pela edição do Decreto n. 10.251/1977, nomeadamente os que poderiam ter decorrido de novas ou indevidas limitações à sua propriedade, diversas ou maiores das



que já existiam por força da legislação federal. É adequada, no particular, a síntese de Manoel de Queiroz Pereira Calças: “de se concluir, portanto, que, seja sob a ótica do direito de propriedade, condicionado pela Constituição à função social; seja pelo reconhecimento de que as limitações administrativas impostas pelo Código Florestal (anterior e atual) não geram direito à indenização; seja pelo reconhecimento de que a simples edição do Decreto Estadual n. 10.251/1977, que criou o Parque Estadual da Serra do Mar, não se concretizou como ato caracterizador de apossamento administrativo (esbulho possessório); inviável o reconhecimento de desapropriação indireta para a concessão da indenização aos proprietários de imóveis situados na área abrangida pelo Parque Estadual da Serra do Mar. A indenização, em tais casos, só poderá ser concedida se o proprietário comprovar que realizava a exploração econômica do imóvel antes da edição do Decreto Estadual n. 10.251/1977 e que em face do aludido decreto sofreu o esvaziamento econômico de sua propriedade.” (Cit., p. 70)

5. No caso concreto, portanto, a exemplo do precedente citado, não se configura situação caracterizadora de desapropriação indireta. A inexistência do apossamento está reconhecida pelas instâncias ordinárias e na própria petição inicial, onde se lê:

“A exemplo de sua propriedade (área de 80 alqueires) em que o pedido de desmatamento foi objeto de indeferimento, com chancela do Poder Judiciário, a área mencionada no item 1 desta peça (confira-se Documentos ns. 2 e 6 — memorial descritivo), de 400 alqueires, foi totalmente abrangida pelo Parque Estadual da Serra do Mar, instituído pelo Decreto Estadual n. 10.251/1977, com o que os princípios e as conseqüências são as mesmas: impossibilidade de exploração com dever de indenizar o Estado de São Paulo.

Deveras, ocorre que, com a criação do Parque Estadual da Serra do Mar, o demandante teve esvaziado o conteúdo econômico inerente ao seu direito de propriedade pois, se é certo que não ocorreu propriamente apossamento administrativo, também é certo que as limitações surgidas com a criação do parque foram tais e tamanhas que não mais pode utilizar o bem, gozando e usufruindo de suas qualidades, na forma de sua expressão econômica. (Fls. 5/6)

(...)

Diante de todo o exposto, pede-se à Vossa Excelência que condene a Fazenda Pública do Estado de São Paulo a pagar ao demandante, em um

único pagamento, o valor a ser apurado em perícia (...). Após o pagamento da indenização (pois a perda de propriedade somente se deverá dar após o pagamento de indenização, consoante dicção de norma constitucional: ‘(...) prévia e justa indenização...’), dever-se-á expedir mandado judicial ao Cartório de Registro de Imóveis de Miracatu para transferência da propriedade à parte demandada.” (Fl. 19)

Não houve apossamento das terras pelo Estado, muito menos sua destinação permanente à utilização pública. O esbulho supõe fato. Ele não existe no plano meramente normativo. Tampouco deseja o Poder Público adquirir as áreas, que jamais integraram, fática ou juridicamente, o seu patrimônio. Não há, portanto, fundamento jurídico para atender à pretensão da demanda, que busca indenização total do imóvel com a conseqüente e compulsória transferência da sua propriedade.

6. Em síntese, há vários fundamentos que conduzem e impõem a confirmação do entendimento adotado pelo Tribunal recorrido e pelo acórdão paradigma. Convém anotar que que, em embargos de divergência, uma vez comprovado o dissídio, a Seção, ao aplicar o direito à espécie, não está necessariamente vinculada aos estritos limites dos fundamentos jurídicos invocados nos acórdãos em confronto. Nesse sentido é a doutrina (v.g.: Marcelo Pires Torreão, dos embargos de divergência: teoria e prática no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Safe, 2004, p. 168/169) e a jurisprudência desta Corte:

“Nos embargos de divergência, uma vez comprovado o dissídio, cabe à Seção aplicar o direito à espécie, podendo chegar a uma solução diversa da encontrada nos acórdãos em confronto (...)”. (EREsp n. 130.605-DF, Segunda Seção, Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ 23.04.2001)

7. Ante o exposto, acompanhando o voto do Ministro João Otávio de Noronha, dou provimento aos embargos de divergência, para restabelecer o acórdão do Tribunal de Justiça que julgou improcedente o pedido.

É o voto.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Meira: Discute-se nestes autos a indenização referente ao parque Serra do Mar. O tema já foi analisado neste Tribunal. Não lembro se em acórdão por mim relatado ou de algum dos ilustres colegas. Certo é que vem reconhecendo que a aquisição posterior do imóvel não justifica a alegação de surpresa com o ato praticado pelo Estado que teria causado desvalorização



à propriedade. Por isso mesmo, não há que se cogitar de uma indenização a ser deduzida em ação de desapropriação indireta.

Ademais, o direito de desapropriar após uma declaração de utilidade pública da área é atribuição do Estado, da qual não decorre prejuízo para a situação do particular.

Peço vênia à Sr^a. Ministra Eliana Calmon para me acostar à manifestação primeira do Sr. Ministro João Otávio de Noronha, com os subsídios ora trazidos no voto do Sr. Ministro Teori Albino Zavascki.

Ante ao exposto, dou provimento aos embargos de divergência.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado: Sr. Presidente, meu ponto de vista é conhecido, talvez há mais de dez anos, desde o primeiro momento em que apareceram as questões da Serra do Mar no Superior Tribunal de Justiça. Não tenho mais idade para mudar, porque estou muito convencido do meu posicionamento.

Peço vênia à Sr^a. Ministra-Relatora para acompanhar a divergência, iniciada pelo Sr. Ministro João Otávio de Noronha, dando provimento aos embargos de divergência.
