

**EDcl no AgInt no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.173.614 - SP
(2017/0226205-3)**

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
EMBARGANTE : WILSON GENEROSO
ADVOGADO : MARCIO AUGUSTO ATHAYDE GENEROSO E OUTRO(S) -
SP220322
EMBARGADO : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROCURADORE : CAROLINE DE CAMARGO SILVA VENTURELLI - SP277773
S
MARCOS ANTONIO CESAR SANCHES E OUTRO(S) -
SP352481

DECISÃO

Cuida-se de Embargos de Declaração opostos contra decisão monocrática (fls. 1.178-1.186, e-STJ) que deu parcial provimento ao recurso.

O embargante sustenta (fls. 1.190-1.200, e-STJ):

9.- O que busca o Embargante é o saneamento de erro material verificado em relação a premissa adotada por V. Exa., qual seja: suposta ocupação irregular pelo Embargante de imóvel da União à justificar o preenchimento dos requisitos previstos na Lei n.º 9.636/1998, questão esta que implica em julgamento “extra petita” e, ainda, absoluto erro de fato jurídico, pontos estes de extrema relevância para o adequado prosseguimento do caso.

(...)

19.- Evidenciado, portanto, que JAMAIS (em momento algum do processo em curso) restou invocado por qualquer das partes litigantes em Juízo o disposto no artigo 10 da Lei Federal n.º 9.636/1998, quer seja pelo fato de não se tratar de imóvel da União, quer seja pelo fato de inexistir ocupação “irregular” (até mesmo pelo lançamento de imposto predial por longo período, dúvida sobre a existência de área pública, perícia contraditória sobre o imóvel, etc.).

(...)

a) O imóvel não é, nem nunca foi, da União, de forma que a legislação aplicável nestes autos é diversa; b) A Embargada NUNCA invocou referido dispositivo nestes autos, quicá em seus recursos (Apelação, Especial, AREsp e/ou Agravo Interno), o que implica afirmar que tal matéria JAMAIS restou prequestionada (incidindo, na espécie, os fundamentos contidos no tópico antecedente); c) O dispositivo legal contido na decisão embargada sequer é aplicável, posto que dirigido a imóveis pertencentes à União, ao passo que se debate, nestes autos, imóvel pertencente ao Município; d) O dever indenizatório debatido nestes autos, invocado pela Embargada em seus recursos, decorre unicamente da existência ou não de má-fé do ocupante, tese esta,

inclusive,
que nesta sede recursal envolveria reanálise de acervo fático-probatório, que encontra óbice na Súmula 7 deste E. Corte Superior.

É o relatório.

Decido.

Os autos foram recebidos neste Gabinete em 21.11.2019.

É de rigor o acolhimento parcial dos Aclaratórios, para a correção do erro indicado pelo ora embargante, uma vez que o imóvel em questão não pertence a União, mas ao Município de São Paulo.

Assim, passo a nova análise do Agravo Interno.

Inicialmente, constata-se que não se configura a ofensa ao art. 535, II, do Código de Processo Civil, pois o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, em conformidade com o que lhe foi apresentado, manifestando-se de forma clara sobre a matéria posta em debate.

Ao analisar os acórdãos de fls. 1.023-1.040 e 1.061-1.066, e-STJ, claramente se observa que não há neles omissão, contradição ou obscuridade, tampouco erro material, mas simples inconformismo com o resultado do acórdão, que foi contrário aos interesses do recorrente.

Ressalte-se que a mera insatisfação com o conteúdo da decisão não enseja Embargos de Declaração. Esse não é o objetivo dos Aclaratórios, recurso que se presta tão somente a sanar contradições ou omissões decorrentes da ausência de análise dos temas trazidos à tutela jurisdicional, no momento processual oportuno, conforme o art. 535, II, do antigo CPC.

Nessa linha:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PRESSUPOSTOS. INEXISTÊNCIA.

1. Os embargos de declaração têm por escopo sanar decisão judicial eivada de obscuridade, contradição, omissão ou erro material (art. 1.022-CPC/2015).

2. Hipótese em que não há no julgado nenhuma situação que dê amparo ao recurso integrativo.

3. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no AgRg no REsp 1544177/DF, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/06/2016, DJe 05/08/2016)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO E OBSCURIDADE. INEXISTÊNCIA. PRETENSÃO DE REJULGAMENTO DA CAUSA. REJEIÇÃO.

1. Esta Corte Superior de Justiça firmou compreensão

segundo a qual, nos termos da legislação processual de regência, prestam-se os embargos declaratórios ao suprimento de omissão, à harmonização de pontos contraditórios ou ao esclarecimento de obscuridades, com o intuito de se ter por afastados óbices que, porventura, comprometam a viabilidade da execução do decisor.

2. Seguindo a mesma esteira de posicionamento, a rejeição será inevitável quando ausentes os vícios previstos no art. 1.022, caput, parágrafo único e respectivos incisos, do CPC/2015, sobretudo por não se coadunar a via aclaratória com o propósito de rejugamento da causa.

3. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no AgRg no AREsp 828.944/SP, Rel. Ministra DIVA MALERBI (DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO), SEGUNDA TURMA, julgado em 21/06/2016, DJe 28/06/2016)

Ademais, verifica-se que o Tribunal *a quo*, ao analisar a questão ligada à irregularidade da ocupação pelo agravado, julgou procedente o pedido do Município e determinou a reintegração da área, sem o pagamento de verba indenizatória, ante a ausência de comprovação da má-fé por parte do particular.

No entanto, destaco que, no presente caso, aplicam-se os precedentes jurisprudenciais referentes à ocupação irregular de bem público, pois é de propriedade municipal o imóvel em questão.

Invoco precedentes de minha relatoria nos quais a Segunda Turma decidiu: a) a ocupação, a exploração e o uso de bem público só se admitem se contarem com expresso, inequívoco, válido e atual assentimento do Poder Público; b) na falta de autorização expressa, inequívoca, válida e atual do titular do domínio, a ocupação de área pública é mera detenção ilícita; c) a apropriação, ao arripio da lei, de terras e imóveis públicos, além de acarretar o dever de imediata desocupação da área, dá ensejo à aplicação das sanções administrativas e penais previstas na legislação, bem como à obrigação de reparar eventuais danos causados, estando destacadas aquelas diretamente pertinentes ao caso sob exame:

ADMINISTRATIVO. IMÓVEL DE PROPRIEDADE DO MUNICÍPIO. INEXISTÊNCIA DE ATO FORMAL AUTORIZANDO A OCUPAÇÃO DO IMÓVEL PELO PARTICULAR. IRREGULARIDADE. BOA-FÉ QUE NÃO PODE SER PRESUMIDA. DEVER DE INDENIZAR. EXISTÊNCIA.

1. Na origem, trata-se de Ação Possessória promovida pelo Município de São Paulo contra São Paulo Gigante Base-Ball Clube e Clube Desportivo Municipal Manoel Abreu visando à reintegração de posse de bem dominical e à condenação ao pagamento de indenização por perdas e danos pela ocupação da área, a ser calculada de acordo com o valor locatício do bem.

2. O acórdão recorrido deferiu a reintegração de posse pleiteada, mas considerou indevido o pagamento da indenização pretendida pelo Município. A municipalidade sustenta que esta parte da decisão viola os

arts. 186 e 1.216 do Código Civil.

3. A partir da simples exposição dos fatos feita pelo acórdão recorrido, verifica-se que a conclusão a que chegou o Tribunal de Justiça bandeirante é equivocada, pois se o instrumento de concessão/permissão administrativa de uso do imóvel não foi formalmente aperfeiçoado, jamais se poderia dizer que houve boa-fé na ocupação. Se o particular passa a usar imóvel público sem que houvesse sido formalmente autorizado a tanto, ele está procedendo de forma evidentemente irregular.

4. Eventual omissão do Poder Público Municipal em adotar as medidas que seriam cabíveis para se opor à ocupação irregular não transforma o ilícito em lícito, diante do princípio da indisponibilidade do interesse público.

5. Sendo o particular detentor de má-fé, responde por todos os frutos que o proprietário deixou de perceber, na forma do art. 1.216 do Código Civil, cujas disposições a respeito do possuidor se aplicam também, com mais razão até, ao simples detentor. E os frutos, em se tratando de imóveis, correspondem aos valores que poderiam ter sido recebidos pelo proprietário.

6. "6. A ocupação, a exploração e o uso de bem público ... só se admitem se contarem com expresso, inequívoco, válido e atual assentimento do Poder Público, exigência inafastável tanto pelo Administrador como pelo Juiz, a qual se mantém incólume, independentemente da ancianidade, finalidade (residencial, comercial ou agrícola) ou grau de interferência nos atributos que justificam sua proteção. ...

9. Na falta de autorização expressa, inequívoca, válida e atual do titular do domínio, a ocupação de área pública é mera detenção ilícita ... 11. A apropriação, ao arrepio da lei, de terras e imóveis públicos ..., além de acarretar o dever de imediata desocupação da área, dá ensejo à aplicação das sanções administrativas e penais previstas na legislação, bem como à obrigação de reparar eventuais danos causados. 16. Inexiste boa-fé contra expressa determinação legal. Ao revés, entende-se agir de má-fé o particular que, sem título expresso, inequívoco, válido e atual ocupa imóvel público, mesmo depois de notificação para abandoná-lo, situação típica de esbulho permanente, em que cabível a imediata reintegração judicial. 17. Na ocupação, uso ou exploração de bem público, a boa-fé é impresumível, requisitando prova cabal a cargo de quem a alega. ... 18. Na gestão e controle dos bens públicos impera o princípio da indisponibilidade, o que significa dizer que eventual inércia ou conivência do servidor público de plantão ... não tem o condão de, pela porta dos fundos da omissão e do consentimento tácito, autorizar aquilo que, pela porta da frente, seria ilegal..." (REsp 808.708/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 04/05/2011) 7. Recurso Especial provido para reconhecer o dever dos recorridos de indenizarem ao Município desde a data das notificações para desocupação voluntária até a data da efetiva liberação da área pública, devendo o montante ser apurado com base no valor locativo do imóvel,

como se apurar em liquidação.

(REsp 1370254/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 29/11/2016)

ADMINISTRATIVO. JARDIM BOTÂNICO DO RIO DE JANEIRO. BEM PÚBLICO. DECRETO-LEI 9.760/46 PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL. BEM TOMBADO. ARTS. 11 E 17 DO DECRETO-LEI 25/1937. OCUPAÇÃO POR PARTICULARES. CONSTRUÇÃO. BENFEITORIAS. INDENIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DIREITO DE RETENÇÃO. DESCABIMENTO. ARTS. 100, 102, 1.196, 1.219 E 1.255 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002.

1. Fundado em 1808 por Dom João VI, o Jardim Botânico do Rio de Janeiro é um dos tesouros do patrimônio natural, histórico, cultural e paisagístico do Brasil, de fama internacional, tendo sido um dos primeiros bens tombados, ainda em 1937, pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, sob o pálio do então recém-promulgado Decreto-Lei 25/1937.

2. Os remanescentes 140 hectares, que atualmente formam o Jardim Botânico, são de propriedade da União, o que, independentemente das extraordinárias qualidades naturais e culturais, já obriga que qualquer utilização, uso ou exploração privada seja sempre de caráter excepcional, por tempo certo e cabalmente motivada no interesse público.

3. Não obstante leis de sentido e conteúdo indubitáveis, que salvaguardam a titularidade dos bens confiados ao controle e gestão do Estado, a história fundiária do Brasil, tanto no campo como na cidade, está, infelizmente até os dias atuais, baseada na indevida apropriação privada dos espaços públicos, com frequência às claras e, mais grave, até com estímulo censurável, tanto por ação como por leniência, de servidores públicos, precisamente aqueles que deveriam zelar, de maneira intransigente, pela integridade e longevidade do patrimônio nacional.

4. Além de rasgar a Constituição e humilhar o Estado de Direito, substituindo-o, com emprego de força ou manobras jurídicas, pela "lei da selva", a privatização ilegal de espaços públicos, notadamente de bens tombados ou especialmente protegidos, dilapida o patrimônio da sociedade e compromete o seu gozo pelas gerações futuras.

5. Consoante o Código Civil (de 2002), "Os bens públicos não estão sujeitos a usucapião" (art. 102) e os "de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação" (é o caso do Jardim Botânico), nos termos do art. 100. Mais incisiva ainda a legislação do patrimônio histórico e artístico nacional, quando dispõe que "As coisas tombadas, que pertençam à União, aos Estados ou aos Municípios, inalienáveis por natureza, só poderão ser transferidas de uma à outra das referidas entidades" (art. 11, do Decreto-Lei 25/1937, grifo acrescentado).

6. **A ocupação, a exploração e o uso de bem público** - sobretudo os de interesse ambiental-cultural e, com maior razão, aqueles

tombados - **só se admitem se contarem com expresso, inequívoco, válido e atual assentimento do Poder Público, exigência inafastável tanto pelo Administrador como pelo Juiz, a qual se mantém incólume, independentemente da ancianidade, finalidade (residencial, comercial ou agrícola) ou grau de interferência nos atributos que justificam sua proteção.**

7. Datar a ocupação, construção ou exploração de longo tempo, ou a circunstância de ter-se, na origem, constituído regularmente e só depois se transformado em indevida, não purifica sua ilegalidade, nem fragiliza ou afasta os mecanismos que o legislador instituiu para salvaguardar os bens públicos. Irregular é tanto a ocupação, exploração e uso que um dia foram regulares, mas deixaram de sê-lo, como os que, por nunca terem sido, não podem agora vir a sê-lo.

8. No que tange ao Jardim Botânico do Rio, nova ou velha a ocupação, a realidade é uma só: o bem é público, tombado, e qualquer uso, construção ou exploração nos seus domínios demanda rigoroso procedimento administrativo, o que não foi, in casu, observado.

9. Na falta de autorização expressa, inequívoca, válida e atual do titular do domínio, a ocupação de área pública é mera detenção ilícita ("grilagem", na expressão popular), que não gera - nem pode gerar, a menos que se queira, contrariando a mens legis, estimular tais atos condenáveis - direitos, entre eles o de retenção, garantidos somente ao possuidor de boa-fé pelo Código Civil. Precedentes do STJ.

10. Os imóveis pertencentes à União Federal são regidos pelo Decreto-Lei 9.760/46, que em seu art. 71 dispõe que, na falta de assentimento (expresso, inequívoco, válido e atual) da autoridade legitimamente incumbida na sua guarda e zelo, o ocupante poderá ser sumariamente despejado e perderá, sem direito a indenização, tudo quanto haja incorporado ao solo, ficando ainda sujeito ao disposto nos arts. 513, 515 e 517 do Código Civil de 1916.

11. A apropriação, ao arrepio da lei, de terras e imóveis públicos (mais ainda de bem tombado desde 1937), **além de acarretar o dever de imediata desocupação da área, dá ensejo à aplicação das sanções administrativas e penais previstas na legislação, bem como à obrigação de reparar eventuais danos causados.**

12. Aplica-se às benfeitorias e acessões em área ou imóvel público a lei especial que rege a matéria, e não o Código Civil, daí caber indenização tão-só se houver prévia notificação do proprietário (art. 90 do Decreto-lei 9.760/46).

13. Simples detenção precária não dá ensejo a indenização por acessões e benfeitorias, nem mesmo as ditas necessárias, definidas como "as que têm por fim conservar o bem ou evitar que se deteriore" (Código Civil, art. 96, § 3º). Situação difícil de imaginar em construções que deverão ser demolidas, por imprestabilidade ou incompatibilidade com as finalidades do Jardim Botânico (visitação pública e conservação da flora), a antítese do

fim de "conservar o bem ou evitar que se deteriore".

14. Para fazer jus a indenização por acessões e benfeitorias, ao administrado incumbe o ônus de provar: a) a regularidade e a boa-fé da ocupação, exploração ou uso do bem, lastreadas em assentimento expresse, inequívoco, válido e atual; b) o caráter necessário das benfeitorias e das acessões; c) a notificação, escoreita na forma e no conteúdo, do órgão acerca da realização dessas acessões e benfeitorias.

15. Eventual indenização, em nome das acessões e benfeitorias que o ocupante ilegal tenha realizado, deve ser buscada após a desocupação do imóvel, momento e instância em que o Poder Público também terá a oportunidade, a preço de mercado, de cobrar-lhe pelo período em que, irregularmente, ocupou ou explorou o imóvel e por despesas de demolição, assim como pelos danos que tenha causado ao próprio bem, à coletividade e a outros valores legalmente protegidos.

16. Inexiste boa-fé contra expressa determinação legal. Ao revés, entende-se agir de má-fé o particular que, sem título expresse, inequívoco, válido e atual ocupa imóvel público, mesmo depois de notificação para abandoná-lo, situação típica de esbulho permanente, em que cabível a imediata reintegração judicial.

17. Na ocupação, uso ou exploração de bem público, a boa-fé é impresumível, requisitando prova cabal a cargo de quem a alega. Incompatível com a boa-fé agir com o reiterado ânimo de se furtar e até de burlar a letra e o espírito da lei, com sucessivas reformas e ampliações de construção em imóvel público, por isso mesmo feitas à sua conta e risco.

18. Na gestão e controle dos bens públicos impera o princípio da indisponibilidade, o que significa dizer que eventual inércia ou conivência do servidor público de plantão (inclusive com o recebimento de "aluguel") não tem o condão de, pela porta dos fundos da omissão e do consentimento tácito, autorizar aquilo que, pela porta da frente, seria ilegal, caracterizando, em vez disso, ato de improbidade administrativa (Lei 8.429/1992), que como tal deve ser tratado e reprimido.

19. A grave crise habitacional que continua a afetar o Brasil não será resolvida, nem seria inteligente que se resolvesse, com o aniquilamento do patrimônio histórico-cultural nacional. Ricos e pobres, cultos e analfabetos, somos todos sócios na titularidade do que sobrou de tangível e intangível da nossa arte e história como Nação. Daí que mutilá-lo ou destruí-lo a pretexto de dar casa e abrigo a uns poucos corresponde a deixar milhões de outros sem teto e, ao mesmo tempo, sem a memória e a herança do passado para narrar e passar a seus descendentes.

20. Recurso Especial não provido.

(REsp 808.708/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 04/05/2011, grifei)

Incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro que o usurpador de bem público alegue posse ou justo título, pois dispõe de simples ocupação

(detenção precaríssima, por ser proibida). Tampouco se admite que alegue *boa-fé*, seja por suposta omissão de agentes do Estado em reprimir o abuso, o que indicaria certa concordância tácita (p. ex., ausência de notificação para desocupação da área ou de ajuizamento de ação), seja por efetuar pagamento, pouco importando o rótulo ou qualificação, a quem não ostenta a condição de proprietário.

E, sendo o particular detentor de presumida má-fé, responde por todos os frutos que o proprietário deixou de perceber, na forma do art. 1.216 do Código Civil, cujas disposições a respeito do possuidor se aplicam também, com mais razão até, ao simples detentor. E os frutos, em se tratando de imóveis, correspondem aos valores que poderiam ter sido recebidos pelo proprietário.

Por oportuno, destaco que, como se trata de imóvel do Município e não da União, não é aplicável a legislação específica dos bens imóveis da União, mas apenas o Código Civil.

Assim, impõe-se o reconhecimento do dever do embargante de indenizar o Município até a data da efetiva liberação da área pública, devendo o valor ser aferido com base no valor locativo do imóvel, como se apurar em liquidação.

Por fim, uma vez que é dado provimento ao recurso do Município e determinado que seja paga indenização pelo embargante em razão de ocupação de bem público, não se mostra possível a simples inversão da sucumbência, devendo ser determinada pelas instâncias inferiores o valor da indenização e a fixação da verba honorária. Outrossim, demanda reanálise da análise fática, o que atrai a incidência da Súmula 7/STJ.

Ante o exposto, **acolho os Embargos de Declaração para tornar sem efeito a decisão de fls. 1.178-1.186, e-STJ, e conhecido o Agravo para dar parcial provimento ao Recurso Especial. Prejudicado os Embargos de Declaração opostos pelo Município.**

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 26 de novembro de 2019.

Ministro Herman Benjamin
Relator