



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 808.708 - RJ (2006/0006072-8)

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
RECORRENTE : DAGMAR GONÇALVES DA FONSECA
ADVOGADO : NORMANDIA BARROSO UCHÔA DIAS E OUTRO(S)
RECORRIDO : UNIÃO

EMENTA

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 expresso, 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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. 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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 18 de agosto de 2009(data do julgamento).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO HERMAN BENJAMIN
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 808.708 - RJ (2006/0006072-8)

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
RECORRENTE : DAGMAR GONÇALVES DA FONSECA
ADVOGADO : NORMANDIA BARROSO UCHÔA DIAS E OUTRO(S)
RECORRIDO : UNIÃO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Trata-se de Recurso Especial interposto, com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição da República, contra acórdão assim ementado (fl. 561):

ADMINISTRATIVO. JARDIM BOTÂNICO. UNIÃO FEDERAL. LEGITIMIDADE. IMÓVEL FUNCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO APOSENTADO. OCUPAÇÃO IRREGULAR. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. BENFEITORIAS. DECRETO-LEI 9.760/46.

I. O Recurso mostra-se improsperável, inicialmente porque conforme art. 34 da Lei nº 9649/98, o Jardim Botânico do Rio de Janeiro transformado em Instituto de Pesquisas Jardim Botânico do Rio de Janeiro, passando a integrar a estrutura do Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia legal, representado pela União.

II. Em face do princípio da indisponibilidade do bem público, incogitável qualquer tese de posse, que possa inviabilizar a gestão da coisa pública.

III. No que tange ao cerceamento de defesa, a questão fático-jurígena restou suficientemente burilada, sendo despicienda a produção suplementar de provas, o que afasta a nulidade do *decisum*.

IV. Com efeito, “comete esbulho aquele que ocupa irregularmente imóvel público, sendo cabível a reintegração. A ocupação irregular do bem público não configura posse, mas mera detenção, pois a lei impede os efeitos possessórios, em favor do ocupante ilícito (TRF/2R, AC 178993, DJ 4/11/99, TRF/2R, REO 170820, DJ 20/1/00).

V. A utilização desses bens, ou seja, dos imóveis públicos para fins de residência de servidores não é regida pela norma de direito privado. Os imóveis pertencentes à União Federal são regidos pelo Decreto-lei nº 9.760/46, que em seu art.71 dispõe que o ocupante de imóvel da União sem assentimento desta poderá ser sumariamente despejado e perderá, sem direito a qualquer indenização, tudo quanto haja incorporado ao solo, ficando ainda sujeito ao disposto nos arts. 513, 515 e 517 do Código Civil.

VI. No caso dos autos trata-se de mera detenção (STJ, *mutatis mutandis*, Resp 146367, DJ 14/03/05) exercida pelo réu. A posse neles exercida não oferece garantia de permanência. A demonstração de posse anterior, em nada muda esta situação, simplesmente porque nenhum particular pode possuir bens públicos exercendo sobre estes a mera detenção, conforme preconizado no artigo 71, do Decreto-lei 9.760/46.

VII. No mais, tendo sido o réu regularmente notificado para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desocupar o imóvel conforme documento de fl. 28, 15/04/1986, e deixando de tomar qualquer providência neste sentido, caracteriza-se aí o esbulho.

VIII. Por outro lado, a partir dos termos do art. 1º da Lei 5.285 de 5/5/67, conclui-se que o servidor aposentado e a família do servidor falecido terão o prazo de 90 dias para desocupar o imóvel.

IX. No que tange às benfeitorias e acessões requeridas, a teor do artigo 90, do Decreto-lei 9760/46 as acessões e benfeitorias só seriam indenizáveis se houvesse prévia notificação ao Poder Público. *In casu*, como expõe o Juízo a quo “a única cópia de petição endereçada (em 28 de janeiro de 1985) pela ré ao Serviço de Patrimônio da União às fls. 374 relativamente a mudanças estruturais no bem em questão, cinge-se a solicitar a realização de “pequenos reparos no imóvel, incluindo nas obras mudanças de alguns caibros do telhado e reparos nas paredes.” Como é de supor, nada que se compare com o vulto dos acréscimos realizados que alterariam a originalidade do imóvel. No despacho de fls. 375v, lê-se que a ré havia sido advertida de que mesmo em se autorizando aquele pleito, não faria jus – em caso de desocupação – à eventual indenização por benfeitorias e direito de retenção”.

X. De fato, não se pode taxar de benfeitorias indenizáveis, na forma do DL 9.760/46, as obras realizadas que fizeram com que uma casa pequena e simples de 37,8 m² de área construída ficasse com os atuais 230 m² de construção divididos em dois pavimentos (fls. 471/473).

Ante o exposto, conheço do recurso e o desprovejo.

Os Embargos de Declaração foram rejeitados (fl. 577).

A recorrente impugna o indeferimento de indenização pela casa construída no Jardim Botânico do Rio de Janeiro, por dissídio jurisprudencial e ofensa ao art. 547 do CC/1916, correspondente ao art. 1.255 do CC/2002 (fl. 585).

Aponta também ofensa ao art. 515, § 3º, do CPC, pois houve injusto indeferimento das provas por ela requeridas (fl. 589).

Ao final de seu Recurso, lista os seguintes dispositivos legais, que ensejariam o direito à indenização pela benfeitoria: arts. 515, 535, 922, 926 e 927 do CPC; arts. 516 e 547 do CC/1916; e art. 20 do DL 9.760/1649 (fls. 597-598).

A União apresentou contra-razões (fls. 601-610).

O Recurso foi admitido na origem (fl. 615).

É o **relatório**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 808.708 - RJ (2006/0006072-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Na presente demanda, discute-se o dever de a União indenizar o ocupante de imóvel público pela "benfeitoria" lá construída.

A recorrente é viúva de servidor público que construiu sua casa no Jardim Botânico do Rio de Janeiro na década de 1950. Há uma peculiaridade na presente causa, em relação a outras demandas relacionadas à ocupação irregular do Jardim Botânico: a recorrente noticia que teria *autorização da União* para ocupação da área, tanto que pagou aluguel durante determinado período (fl. 48).

O membro do Ministério Público Federal em primeira instância requisitou, por diversas vezes, a comprovação da suposta autorização dada pela União (fls. 347, 357 e 366).

A recorrente, no entanto, restringiu-se a argumentar que o pagamento de aluguéis à União comprova a autorização para ocupação da área (fls. 349 e 364).

Instado a manifestar-se a respeito, o serviço público federal juntou cópia de processo administrativo em que a recorrente pede autorização à União para reforma do imóvel (fl. 374).

Em resposta, nesse mesmo processo administrativo, o diretor do Jardim Botânico alerta que a ocupação é irregular e deve ser desfeita imediatamente. Transcrevo trecho da informação prestada em 1985 (fl. 387):

Em resposta ao Ofício supra de 18 de novembro de 1985, em que a Sra. Dagmar Gonçalves da Fonseca requereu autorização para a realização de pequenos reparos no imóvel localizado em área nacional interior, temos a informar que a requerente procedeu à revelia desta Instituição obras de acréscimo a construção já existentes, embora ciente das restrições legais. A obra se encontra embargada desde 21.09.79.

Em decorrência de tal fato e estando a requerente enquadrada dentro dos artigos da Lei 5.285/67, solicitamos a V.Sa. a promoção das medidas iniciais que viabilizem a retomada imediata do imóvel, nos moldes do ocorrido no seu Proc. nº 10768-038217/85-46 e Of. SPU nº 1586-D/RJ em 20 de novembro de 1985, cujo interessado é Roberto Tavares.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Tribunal de origem entendeu ser inviável a posse de área pública, e juridicamente impossível, portanto, o pleito de indenização pelas benfeitorias. Trata-se de mera detenção, que não gera direitos previstos no Código Civil e implica dever de imediata saída da área, nos termos do art. 71 do DL 9.760/1946. Transcrevo trecho do acórdão recorrido (fl. 558), da lavra do eminente Desembargador Poul Erik Dyrland:

Não merecem respaldo as demais alegações do recurso, inicialmente em face do princípio da indisponibilidade do bem público, incogitável qualquer tese de posse, que possa inviabilizar a gestão da coisa pública.

No que tange ao cerceamento de defesa, a questão fático-jurígena restou suficientemente burilada, sendo despicienda a produção suplementar de provas, o que afasta a nulidade do *decisum*.

Com efeito, “comete esbulho aquele que ocupa irregularmente imóvel público, sendo cabível a reintegração. A ocupação irregular do bem público não configura posse, mas mera detenção, pois a lei impede os efeitos possessórios, em favor do ocupante ilícito (TRF/2R, AC 178993, DJ 4/11/99, TRF/2R, REO 170820, DJ 20/1/00).

A título de elucidação, vale registrar que no universo dos direitos reais, propriedade ou domínio pode ser definida como o direito que uma pessoa tem de exercer, com exclusividade, o uso, a fruição, a disposição e a reivindicação sobre determinado bem. Ou seja, propriedade é o direito de usar, fruir, dispor e reivindicar, já o domínio público, em sentido amplo, é o poder de denominação ou de regulamentação que o Estado exerce, seja sobre bens de seu patrimônio, denominados bens públicos.

A utilização desses bens, ou seja, dos imóveis públicos para fins de residência de servidores não é regida pela norma de direito privado. Os imóveis pertencentes à União Federal são regidos pelo Decreto-lei nº 9.760/46, que em seu art.71 dispõe que o ocupante de imóvel da União sem assentimento desta poderá ser sumariamente despejado e perderá, sem direito a qualquer indenização, tudo quanto haja incorporado ao solo, ficando ainda sujeito ao disposto nos arts. 513, 515 e 517 do Código Civil.

Para que fique claro: não se discute, na presente demanda, a irregularidade da ocupação ou o dever de desocupar o imóvel. O debate restringe-se ao direito de indenização pela casa construída no Jardim Botânico do Rio de Janeiro.

Como visto, a ação foi julgada com base na *impossibilidade de indenização*, por se tratar de imóvel público. Nesse contexto, como bem aferiu o Desembargador-Relator Poul Erik Dyrland, prescindível qualquer dilação probatória adicional, pois os documentos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

juntados aos autos são suficientes para a solução da controvérsia.

Inexiste, portanto, omissão, ausência de fundamentação ou cerceamento de defesa, razão pela qual afasto a suposta ofensa aos arts. 515, § 3º, e 535 do CPC.

No mérito, o acórdão tampouco merece reforma.

1. Inexistência de *posse* de bens públicos de uso comum do povo e de uso especial, que são inalienáveis e imprescritíveis

O legislador brasileiro, ao adotar a Teoria Objetiva de Ihering, definiu a posse como o exercício de algum dos poderes inerentes à propriedade (art. 485 do CC/1916, equivalente ao atual art. 1.196 do CC/2002):

Art. 485. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício pleno, ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio, ou propriedade.

O art. 516 do CC/1916 (atual art. 1.219 do CC/2002) reconheceu o direito à indenização pelas benfeitorias úteis e necessárias, no caso do possuidor de boa-fé, e à retenção:

Art. 516. O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se lhe não forem pagas, a levantá-las, quando o puder sem detrimento da coisa. Pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis, poderá exercer o direito de retenção.

O correlato direito à indenização pelas construções é previsto no art. 547 do CC/1916 (atual art. 1.255 do CC/2002):

Art. 547. Aquele que semeia, planta ou edifica em terreno alheio perde, em proveito do proprietário, as sementes, plantas e construções, mas tem direito à indenização. Não o terá, porém, se procedeu de má-fé, caso em que poderá ser constrangido a repor as coisas no estado anterior e a pagar os prejuízos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ocorre que *esses dispositivos não se referem aos imóveis públicos, particularmente aos de uso comum e de uso especial*, que não admitem a posse privada. O art. 485 do CC/1916, acima transcrito, define o possuidor como aquele que tem, de fato, o exercício de poderes inerentes à propriedade. Como é cediço, o particular jamais exerce poderes de propriedade, já que o imóvel público não pode ser usucapido (art. 183, § 3º, da CF). Daí que nunca poderá ser considerado possuidor de área pública, senão mero detentor.

Essa constatação, por si somente, afasta a possibilidade de indenização por acessões ou benfeitorias. Aplicam-se, no mais, os dispositivos relativos à posse de má-fé (arts. 513, 515 e 517 do CC/1916, suscitados pela União), sem direito à indenização.

Os demais institutos civilistas que regem as indenizações por benfeitorias ratificam a impossibilidade, *in casu*. De fato, a indenização prevista no art. 516 do CC/1916 (atual art. 1.219 do CC/2002) implica direito à retenção do imóvel, até que o valor seja pago pelo proprietário. Ora, admitir que um particular retenha imóvel público, sob qualquer fundamento, é absurdo. Isso seria reconhecer, por via transversa, a posse privada do bem coletivo, o que não se coaduna com o princípio da indisponibilidade do patrimônio público, nem com o da supremacia do interesse público.

Além disso, o atual art. 1.255 do CC/2002 (antigo art. 547 do CC/1916), que prevê a indenização por construções, dispõe, em seu parágrafo único, que o possuidor poderá *adquirir a propriedade do imóvel*, se "a construção ou a plantação exceder consideravelmente o valor do terreno". Clara, aí, a inaplicabilidade do instituto às áreas públicas, já que o Direito Público não se coaduna com prerrogativas de aquisição por particulares, exceto quando preenchidos os requisitos legais (desafetação, licitação etc.).

Em conclusão, a simples *detenção precária* não dá ensejo a indenização por acessões e benfeitorias, visto que, à falta de titularidade regular para a ocupação (= ilicitude da conduta), presume-se má-fé, o que afasta a possibilidade de ressarcimento até mesmo das 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 os objetivos do Jardim Botânico (visitação pública e conservação da flora), a antítese do fim de "conservar o bem ou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

evitar que se deteriore".

2. Ilegalidade da ocupação, uso e exploração do Jardim Botânico

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.

Isso quer dizer, em outras palavras, que 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.

Datar a ocupação, construção ou exploração de longo tempo, ou o fato 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.

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

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Confira-se a jurisprudência do STJ acerca da matéria:

PROCESSO CIVIL - ADMINISTRATIVO - AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE - IMÓVEL FUNCIONAL - OCUPAÇÃO IRREGULAR - INEXISTÊNCIA DE POSSE - DIREITO DE RETENÇÃO E À INDENIZAÇÃO NÃO CONFIGURADO - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - EFEITO INFRINGENTE - VEDAÇÃO.

1. Embargos de declaração com nítida pretensão infringente. Acórdão que decidiu motivadamente a decisão tomada.

2. Posse é o direito reconhecido a quem se comporta como proprietário. Posse e propriedade, portanto, são institutos que caminham juntos, não havendo de se reconhecer a posse a quem, por proibição legal, não possa ser proprietário ou não possa gozar de qualquer dos poderes inerentes à propriedade.

3. A ocupação de área pública, quando irregular, não pode ser reconhecida como posse, mas como mera detenção.

4. Se o direito de retenção ou de indenização pelas acessões realizadas depende da configuração da posse, não se pode, ante a consideração da inexistência desta, admitir o surgimento daqueles direitos, do que resulta na inexistência do dever de se indenizar as benfeitorias úteis e necessárias.

5. Recurso não provido.

(REsp 863.939/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/11/2008, DJe 24/11/2008)

Bem público. Ocupação indevida. Direito de retenção por benfeitorias. Precedentes da Corte.

1. Configurada a ocupação indevida de bem público, não há falar em posse, mas em mera detenção, de natureza precária, o que afasta o direito de retenção por benfeitorias.

2. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 699374/DF, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/03/2007, DJ 18/06/2007 p. 257)

2. O regime jurídico especial dos bens públicos federais

Os bens públicos federais contam com regime jurídico *especial* próprio (Decreto-Lei 9.760/1946); logo, descabe, como é curial, aplicar o regime jurídico *geral* do Código Civil, exceto naquilo em que o microssistema seja omissivo e, ainda assim, levando em conta, obrigatoriamente, a principiologia que o informa.

O art. 71 do Decreto-Lei 9.760/1946 dispõe que, na falta de assentimento (expresso, inequívoco, válido e atual) da autoridade legitimamente incumbida da sua guarda e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

zelo, o ocupante poderá ser sumariamente despejado e perderá, sem direito a qualquer indenização, tudo quanto haja incorporado ao solo, ficando ainda sujeito ao disposto nos arts. 513, 515 e 517 do Código Civil.

Por outro lado, ainda segundo o Decreto-Lei 9.760/1946, "*As benfeitorias necessárias só serão indenizáveis pela União, quando o S.P.U. tiver sido notificado da realização das mesmas dentro de 120 (cento e vinte) dias contados da sua execução*" (art. 90, grifei).

Assim, a apropriação, ao arripio da lei, de terras e imóveis públicos (mais ainda de bem tombado desde 1937) implica dever de imediata desocupação da área, sem prejuízo da aplicação das sanções administrativas e penais previstas na legislação, bem como da obrigação de reparar eventuais danos causados.

Confira-se o texto legal:

Art. 71. O ocupante de imóvel da União sem assentimento desta, poderá ser sumariamente despejado e perderá, sem direito a qualquer indenização, tudo quanto haja incorporado ao solo, ficando ainda sujeito ao disposto nos arts. 513, e 517 do Código Civil.

Parágrafo único. Excetua-se dessa disposição os ocupantes de boa fé, com cultura efetiva e moradia habitual, e os direitos assegurados por êste Decreto-lei.

Como já acima aludido, aplica-se às benfeitorias e acessões em área ou imóvel público a *lei especial* que rege a matéria, e não o Código Civil, daí cabível indenização tão-só se houver *prévia notificação do proprietário* (art. 90 do Decreto-Lei 9.760/1946).

Transcrevo o dispositivo em questão:

Art. 90. As benfeitorias necessárias só serão indenizáveis pela União, quando o S.P.U. tiver sido notificado da realização das mesmas dentro de 120 (cento e vinte) dias contados da sua execução.

No sistema da lei especial, eventual indenização, em nome das acessões e benfeitorias necessárias 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 de cobrar-lhe pelo período em que, irregularmente, ocupou ou explorou o imóvel



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e por despesas de demolição, assim como pelos danos que tenha causado ao próprio bem, à coletividade e a outros valores legalmente protegidos.

Mesmo que a ocupação, uso ou exploração fosse lícita, ainda assim o particular "é obrigado a zelar pela conservação do imóvel, sendo responsável pelos danos ou prejuízos que nele tenha causado" (art. 70 do DL 9.760/1946).

Sob o amparo do supracitado Decreto-Lei, 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 expresso, inequívoco, válido e atual; b) o caráter *necessário* das benfeitorias e das acessões (art. 90 do DL 9.760/46); c) a notificação, escoreita na forma e no conteúdo, do órgão acerca da realização dessas acessões e benfeitorias (art. 90 do DL 9.760/46).

Como se não bastasse tratar-se de imóvel público, a área ocupada é tombada como patrimônio histórico e ambiental, o que amplia o regime de proteção que sobre ela incide.

3. O Jardim Botânico como bem público tombado

Duplamente *especial* é o regime jurídico a que obedece o Jardim Botânico do Rio de Janeiro. De um lado, o DL 9.760/1946; de outro, o DL 25/1937. Ambos estabelecem um microsistema próprio, que se aparta e distingue daquele do Código Civil, o regime jurídico *geral* por excelência dos direitos reais.

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.

Os remanescentes 140 hectares, que atualmente formam o Jardim Botânico do Rio de Janeiro, são de propriedade da União, o que, independentemente das extraordinárias qualidades naturais e culturais, já impõe que qualquer utilização, uso ou exploração privada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

seja sempre de caráter excepcional, por tempo certo e cabalmente motivada no interesse público.

Por isso, desnecessário dizer, o local encontra-se sob o manto da legislação de tombamento, sendo inviáveis construções de residências particulares que *mutilem* o patrimônio protegido. Eis o disposto nos arts. 1º e 17 do Decreto-Lei 25/1937 (grifei):

Art. 1º Constitui o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.

(...)

§ 2º Equiparam-se aos bens a que se refere o presente artigo e são também sujeitos a tombamento os monumentos naturais, bem como os sítios e paisagens que importe conservar e proteger pela feição notável com que tenham sido dotados pela natureza ou agenciados pela indústria humana.

Art. 17. As coisas tombadas não poderão, *em caso nenhum* ser destruídas, demolidas ou *mutiladas*, nem, sem prévia autorização especial do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ser reparadas, pintadas ou restauradas, sob pena de multa de cinquenta por cento do dano causado.

Parágrafo único. Tratando-se de bens pertencentes à União, aos Estados ou aos municípios, a autoridade responsável pela infração do presente artigo incorrerá pessoalmente na multa.

Os termos "mutilar" e "destruir", adotados pelo art. 17 do DL 25/1937, não têm apenas o sentido estrito de redução de construção existente. Entender dessa forma seria admitir, p. ex., acréscimos (ou, vulgarmente, "puxadinhos") aos prédios tombados ou a construções em parques protegidos, um absurdo.

Mais precisamente, o art. 17 do Decreto-Lei nº 25/1937 contém dois núcleos distintos de proteção dos bens tombados. De um lado, uma *proibição absoluta* de obras ou atividades que os exponham a risco de *destruição*, *demolição* ou *mutilação*. De outro, uma *proibição relativa*, já que intervenções de *reparação*, *pintura* e *restauração* – isto é, ações destinadas a conservar o bem – podem ser realizadas, desde que com autorização prévia, expressa e inequívoca do Iphan.

Não obstante a variedade e numerosidade de bens individuais que o integram, o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

patrimônio cultural tombado ou protegido como conjunto (o Jardim Botânico aí incluído) assume, em diversos sistemas jurídicos, a forma de *universitas rerum*. Ou seja, as qualidades históricas, artísticas, naturais ou paisagísticas do todo - como patrimônio comum e intangível dos cidadãos do País e até da humanidade - são vistas e reconhecidas unitariamente pelo Direito, em entidade ideal e complexa, que transcende a individualidade de cada um dos seus elementos-componentes. No Direito brasileiro, o Código Civil (art. 91) disciplina tal instituto como universalidade de direito ou *universitas iuris*.

Nesses conjuntos, os termos "mutilar" e "destruir", utilizados pelo art. 17 do Decreto-Lei nº 25/1937, não têm apenas o sentido estrito de salvaguarda de edifícios e construções isolados, mas também de proteção da globalidade histórica, arquitetônica e urbanístico-paisagística, isto é, dos bens agregados em universalidade de direito. Trata-se de preservar, a um só tempo, o todo a partir dos seus elementos e estes a partir daquele.

Assim, o Decreto-Lei nº 25/1937 veda e reprime tanto a *destruição*, *demolição* e *mutilação* total como a parcial; tanto a comissiva como a omissiva; a que atinge as bases materiais, como a que afeta os aspectos imateriais do bem. Nele, “destruir” e “demolir” são empregados em sentido mais amplo que na linguagem coloquial, pois não se resumem a “derrubar” ou “pôr no chão”. “Destruição” inclui modalidades mais tênues e discretas de intervenção no bem tombado ou protegido, como “estragar”, “reduzir as suas qualidades”, “afetar negativamente de maneira substancial”, “inviabilizar ou comprometer as suas funções” e “afastar-se da concepção original”. Igual sucede com o verbo “mutilar”, que no seu significado técnico-jurídico traduz-se em “cortar” ou “retalhar”, e também abarca “causar estrago menor”, “alterar fração”, “modificar topicamente” ou “deteriorar”.

Em resumo, "mutilar" e "destruir" referem-se ao bem a ser preservado, que é, no caso dos autos, o próprio conjunto ambiental e histórico-cultural do Jardim Botânico. Qualquer ato que o descaracterize viola inquestionavelmente o citado art. 17 do DL 25/1937.

Definitivamente, não há como proteger o Jardim Botânico do Rio de Janeiro sem assegurar, de maneira firme, o *espaço físico que ocupa*. Nas palavras do professor J. H. Merryman, "o ingrediente essencial de qualquer política de propriedade cultural é que o objeto em si mesmo seja fisicamente preservado. Este ponto é óbvio demais para demandar maior



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

esclarecimento" (*The public interest in cultural property*, in *California Law Review*, vol. 77, 1989, p. 355).

É incontroverso que a casa foi construída *após* o local ter sido tombado e ao arrepio da legislação de tombamento em imóvel público. Assim, a não provada "autorização" que teria sido dada pela União e o mal explicado pagamento de aluguéis pela ocupação não têm o condão de alterar a sorte da demanda. Quando da ocupação da área, na década de 1950, o tombamento do Jardim Botânico contava aproximadamente 20 anos.

A própria legislação do patrimônio histórico e artístico nacional traz outro empecilho, insuperável, à pretensão dos ocupantes do imóvel público. Segundo o Decreto-Lei 25/1937, "*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, grifei). Vale dizer, os bens tombados não podem – e a vedação é absoluta – ser transferidos, total ou parcialmente, a particulares.

Ninguém deixa de se sensibilizar com a situação daqueles que precisam de moradia. Contudo, 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 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 herança do passado para narrar e passar a seus descendentes.

O Estado pode – e deve – amparar aqueles que não têm casa própria, seja com a construção de habitações dignas a preços módicos, seja com a doação pura e simples de residência às pessoas que não podem por elas pagar. É para isso que existem Políticas Públicas de Habitação federais, estaduais e municipais. O que não se mostra razoável é torcer as normas que regem a posse e a propriedade públicas para atingir tais objetivos sociais e, com isso, acabar por dar tratamento idêntico a todos (necessitados e abastados) os que se encontram na mesma posição de ocupantes ilegais do que pertence à comunidade e às gerações futuras.

Sim, porque, como é de conhecimento amplo e notório, no Brasil, invasão de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

espaço público é prática corriqueira em todas as classes sociais: estão aí as praças e vias públicas ocupadas por construções ilegais de *Shopping Centers*, as Áreas de Preservação Permanente, inclusive no Pantanal e em dunas, tomadas por mansões de lazer, as margens de rios e lagos abocanhadas por clubes, para citar alguns exemplos.

4. Inexistência de boa-fé

Não há falar, por outro lado, em boa-fé contra expressa determinação legal. Ao revés, fica evidente a má-fé de 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.

Na ocupação, uso ou exploração de bem público, *a boa-fé não se presume*, 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.

Fica claro que o Ministério Público Federal, ao exigir a comprovação de suposta autorização para as obras e construções, fez surgir documento, datado de 1985, em que o diretor do Jardim Botânico já apontava a irregularidade da ocupação e a necessidade de retirada dos particulares daquela área (fl. 387).

Depreende-se, portanto, a ausência de boa-fé, pois: a) inviável a posse em se tratando de imóvel público, sobretudo quando falta prova de consentimento expresso, inequívoco, válido e atual do seu titular; b) impossível a construção de residência privada em área tombada como patrimônio histórico e ambiental; c) o particular não provou a autorização da Administração para a construção e ampliação; d) a construção é incompatível com a destinação pública do Jardim Botânico.

Como bem realçado pela Juíza de 1º Grau Paula Patrícia P. Melo Nogueira, em sua bem elaborada sentença, "evidentemente, em razão da própria monta e destinação da área adicional agregada, este não parece ser o caso em análise, considerando-se que o imóvel em disputa foi sucessivamente reformado e ampliado pela ré de forma a abrigar sua descendência"



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(fl. 514). Realmente, boa-fé nessas circunstâncias só rasgando o seu sentido legal e jurisprudencial. São "fatos estes que denotam um reiterado ânimo da ré em se furtar ao cumprimento das restrições legais pertinentes, usando o próprio nacional a seu talante como se de fato e de direito já estivesse incorporado à sua esfera patrimonial particular, em total afronta à sua destinação de ordem pública" (fl. 514).

5. Descabimento de retenção por acessão e benfeitorias

Finalmente, saliento que a indenização por benfeitorias ou acessões, ainda que fosse admitida no caso de áreas públicas e tombadas, pressupõe vantagem para o proprietário advinda dessas intervenções (no caso, a União e a coletividade).

Não se desconhece que as casas e as benfeitorias têm valor. No entanto, a necessidade e a utilidade que dão ensejo a indenização referem-se ao proprietário, à valia desses bens para aquele a quem pertencerão. Na clássica lição de Tito Fulgêncio, "o juiz da necessidade ou utilidade é o proprietário" (*Da Posse e das Ações Possessórias*, 10ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 2008, p. 158). *In casu*, as benfeitorias não representam qualquer vantagem em favor do Poder Público.

Ora, considerando que o imóvel foi construído ao arrepio da legislação ambiental e de tombamento, impõe-se à Administração o dever de demolição, o que significa *a fortiori* a imprestabilidade das edificações para o Estado.

Clóvis Bevilacqua ensina que eventual indenização por benfeitorias não existe se o dano causado pela ocupação for superior a elas. Nas palavras do Mestre, "para que as benfeitorias necessárias e úteis sejam indenizadas, é necessário: (...) que na compensação com os danos (Código Civil, art. 518) excedam o valor destes" (*Direito das Coisas* – 1º vol., 2ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1946, p. 105).

Seria, portanto, incoerente impor à Administração a obrigação de indenizar por imóveis irregularmente construídos, que, além de não terem utilidade para o Poder Público, ensejarão dispêndio de recursos do Erário para sua demolição.

A indenização, na hipótese, é devida pelo ocupante, e não pelo Poder Público.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Entender de modo diverso seria atribuir à detenção efeitos próprios da posse, o que enfraqueceria a dominialidade pública, pois destrói as premissas básicas do *princípio da boa-fé objetiva*, estimula invasões e construções ilegais, e legitima, com a garantia de indenização, a apropriação privada do espaço público.

6. Efeitos da inércia, omissão ou tolerância do servidor público

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.

Além de rasgar a Constituição e humilhar o Estado de Direito, substituindo-o, de fato, pela "lei da selva", a privatização ilegal de espaços públicos, notadamente de bens tombados ou especialmente protegidos, dilapida o patrimônio da sociedade e das gerações futuras.

Eventual inércia ou tolerância dos servidores públicos encarregados de zelar pelo bem não tem efeito de afastar ou distorcer a aplicação da lei. Não fosse assim, teriam eles, sob sua exclusiva vontade, o poder de afastar normas legais cogentes, instituídas em observância e como garantia do interesse da coletividade.

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.

Consequência direta dessa indisponibilidade é o fato de que eventual omissão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de servidor implica sua responsabilidade pessoal, nunca vantagem a particular que dela se aproveitou à custa da coletividade. Ocupantes de áreas públicas não podem, pois, ser considerados sócios ou beneficiários da omissão, do descaso e da inércia daqueles que deveriam zelar pela integridade do patrimônio coletivo.

Diante do exposto, **nego provimento ao Recurso Especial.**

É como **voto.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2006/0006072-8

REsp 808708 / RJ

Números Origem: 200202010236963 9228691

PAUTA: 23/06/2009

JULGADO: 18/08/2009

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **MARIA CAETANA CINTRA SANTOS**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : DAGMAR GONÇALVES DA FONSECA

ADVOGADO : NORMANDIA BARROSO UCHÔA DIAS E OUTRO(S)

RECORRIDO : UNIÃO

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Intervenção
do Estado na Propriedade

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 18 de agosto de 2009

VALÉRIA ALVIM DUSI

Secretária