

Prêmio “Trabalho Relevante do Ano” do Departamento Patrimonial

**RECURSO ESPECIAL APRESENTADO PELA MUNICIPALIDADE
DE SÃO PAULO EM AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE •
ESBULHO CARACTERIZADO • REQUERIDA A
RESPONSABILIDADE DO RÉU. PELOS FRUTOS CIVIS, DESDE A
NOTIFICAÇÃO ATÉ A EFETIVA DESOCUPAÇÃO**

Silvana Aparecida Rebouças Antonioli – Procuradora Municipal

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ PRESIDENTE DO
PRIMEIRO TRIBUNAL DE ALÇADA CIVIL - SP.**

Autos de Apelação nº 549.796-9

A MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO, nestes autos de Apelação em que contende com JOCKEY CLUBE DE SÃO PAULO, não se conformando com a r. decisão desse Egrégio Órgão Colegiado, que houve por bem negar provimento à parte de seu recurso que diz respeito à indenização pelo uso indevido de imóvel seu, vem, por sua procuradora, apresentar seu RECUR-

SO ESPECIAL, nos termos que aduz em separado, requerendo sejam processados e encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça.

Termos em que,
pede deferimento.

São Paulo, 16 de outubro de 1995.

Silvana Aparecida Rebouças Antonioli
Procuradora do Município - Patr. 22
OAB/SP 111.238-A

RAZÕES DE RECURSO ESPECIAL

1. DA ADMISSIBILIDADE

1.1 Consagra o **artigo 105 da Constituição Federal, em seu inciso III, o Recurso Especial** das causas decididas pelos Tribunais dos Estados, quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal ou negar-lhes vigência.

1.2. Demonstrar-se-á a seguir que o v. acórdão recorrido, negou vigência, negou aplicação, às seguintes disposições legais federais quando estas eram de rigor:

Código Civil Brasileiro - Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916: artigos 159, 503, 513, 524 e 528.

2. PREÂMBULO - BREVE RELATO

2.1. Cuida o presente de **ação de reintegração de posse** proposta pela Recorrente em face de **Jockey Clube de São Paulo**, com fulcro nos **artigos 499 e seguintes do Código Civil (CC)**, combinados com **artigos 926 e seguintes do Código de Processo Civil (CPC)**, objetivando imóvel de sua posse e propriedade, por força de desapropriação aos herdeiros de Henrique Schaumann, Carta de Adjudicação de 05/02/1947, transcrita sob o nº 31.671, em 08/02/1947, perante o Cartório de Registro de Imóveis da 4ª Circunscrição desta Capital; por força de doação celebrada em 27/08/1969, nas Notas do 4ª Tabelionato da Capital, por escritura de doação

e instituição de servidão - Lv. 1.158, fls. 22, ratificação por escritura de 15/09/1971, das mesmas Notas, Lv. 1.192, fls. 282, transcrita a doação sob nº 74.515 e a servidão inscrita sob nº 22.800, em 27/08/1969 na 4ª Circunscrição Imobiliária da Capital; e, ainda, área integrante do leito de rua - esquina da Rua José Bonifácio com a Praça Ouvidor Pacheco e Silva, todas estas áreas esbulhadas pelo Recorrido.

2.2. Requereu, ainda, a Municipalidade, por ocasião da propositura da ação, a **indenização pelo ato ilícito e as perdas e danos pelo uso indevido do bem (pelos frutos civis da coisa que deixou de perceber pelo ato do esbulho)**.

2.3. A ação possessória, em bem lançada decisão, foi julgada procedente pela r. sentença de fls. 352/357, na qual, após minuciosa análise do conjunto probatório constante dos autos, houve por bem o MM. Juiz de conhecer o caráter público das áreas objeto desta lide, condenando o Réu a arcar com os ônus da sucumbência.

2.4. Entretanto, deixou a r. sentença de acolher o pedido secundário da Autora, no sentido de ser o Réu condenado a pagar indenização por perdas e danos decorrente do esbulho possessório, sob o fundamento de que o mesmo não estava de má-fé.

2.5. Contra essa parte da r. sentença, que lhe foi desfavorável, interpôs a Municipalidade de São Paulo o competente recurso de Apelação.

2.6. A E. Décima Câmara Especial de Julho/95 do Primeiro Tribunal de Alçada Civil (1ª TACivSP), por votação unânime, negou provimento aos recursos da Autora e do Réu, mantendo integralmente a r. sentença.

2.7. Entendeu o E. Órgão Colegiado, em síntese:

a) **"O tema é de terras da Fazenda Pública, onde domínio significa posse. Daí a ilegitimidade da posse mantida pelo Jockey"** (fls. 3 do acórdão);

b) **"Inquestionável restou ser público o bem questionado"** (fls. 4 do acórdão);

c) "A situação do apelante é de quem se comportou sem 'animus domini' por lhe ser evidente que a área que usava não lhe pertencia" (fls. 4 do acórdão);

d) "No que se refere à condenação em perdas e danos, em que se bate a Municipalidade, não procede o inconformismo. É que não se preocupou a apelante em fazer prova nesse sentido" (fls. 4 do acórdão);

e) "E se havia certeza de que se realizava esbulho, também é certo de que havia certeza da tolerância ao menos porque havia a retribuição de IPTU" (fls. 5 do acórdão).

2.8 Conforme se demonstrará a seguir, tal entendimento não pode prevalecer porque, além de contrário à prova dos autos, à própria fundamentação do r. acórdão, traduz ofensa à lei federal.

3. DO CONCEITO DE BOA E DE MÁ-FÉ E DE SEUS EFEITOS JURÍDICOS

3.1. Antes de discorrer sobre as ofensas à lei federal, deve-se buscar determinados conceitos que muito ajudarão na análise da questão.

3.2. Apesar da posse se apresentar como um todo unitário, esta pode apresentar especificidades que são tratadas peculiarmente pela ordem jurídica.

3.3. Assim, sob o prisma da subjetividade, a lei civil classifica a posse em : **de boa-fé e de má-fé**, atribuindo a cada uma delas um tratamento e efeitos diferenciados.

3.4. A **posse de boa-fé** vem definida no **art. 490 e § único do CC**, do seguinte modo:

"É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que lhe impede a aquisição da coisa, ou do direito possuído.

Parágrafo único. O possuidor com justo título tem por si a presunção de boa-fé, salvo prova em contrário, ou quando a lei expressamente não admite esta presunção."

3.5. Ao contrário, considera o mencionado diploma legal em seu art. 491:

"A posse de boa-fé só perde este caráter no caso e desde o momento em que as circunstâncias façam presumir que o possuidor não ignora que possui indevidamente."

3.6. Ora, no caso em questão, ficou provado:

a) que o Réu ocupava a área pública, mesmo sabendo que não lhe pertencia, fato este levantado pelo próprio acórdão recorrido;

b) se havia qualquer tolerância da Municipalidade, esta findou quando o ora Recorrido foi notificado a desocupar o bem municipal, cessando, também, qualquer eventual aparência de boa-fé;

c) não ignorando o vício, agia, portanto, de má-fé, o que foi bem denominado pelo v. acórdão de **"ilegitimidade da posse mantida pelo Jockey"**;

d) com a não devolução do bem municipal, e com a sua exploração econômica provada nestes autos (estacionamento pago), claro restou o enriquecimento indevido com a percepção dos frutos civis.

3.7. Mas o que é decisivo para os efeitos específicos da posse é o julgamento de que a posse é indevida, ilegal, uma vez que a decisão, com seu efeito declaratório, retroage. Assim, com a decisão judicial, adquire a característica de má-fé e repercute, portanto, para efeitos de restituição dos frutos.

3.8. Isto porque, como se verá a seguir, o possuidor de má-fé responde, nos termos do **art. 513 do CC**, por todos os prejuízos que causou pelos frutos colhidos e percebidos, bem como pelos que, por culpa sua, deixou o legítimo possuidor e proprietário de perceber.

4. DAS OFENSAS À LEI FEDERAL

4.1. O **art. 524 do CC** assegura ao proprietário, o direito de usar, gozar e dispor de seus bens.

4.2. O **art. 528** do mesmo diploma legal, por sua vez, determina que os frutos e produtos da coisa pertencem, ainda quando separados, ao seu proprietário.

4.3. Os **frutos** são os proveitos, vantagens ou utilidades produzidas periodicamente pela coisa.

4.4. Os frutos dividem-se em naturais, industriais e civis, sendo considerados acessórios e dependentes da coisa principal, cuja sorte seguem.

4.5. Os **frutos civis** são "**rendimentos produzidos pela coisa frutífera, cujo uso foi cedido a outrem pelo proprietário**" - como exemplo típico, o **aluguel** (Enciclopédia Saraiva de Direito, vol. 38, pág. 446).

4.6. Já o **art. 513** da citada lei, responsabiliza o possuidor de má-fé por todos os frutos auferidos desde o momento em que se constituiu a má-fé.

4.7. O bem objeto desta lide, pela robusta prova dos autos e pela v. decisão do Egrégio Órgão Colegiado, **é público, municipal**, e, como se sabe, não pode ser objeto de posse, por obstáculo legal.

4.8. Como proprietária e legítima possuidora da área litigiosa, tem a Municipalidade de São o direito de usar, gozar e dispor de seu bem. Tem, portanto, o direito de auferir os frutos civis da coisa. E como resultado da privação de sua posse, foi impedida pela má-fé do Réu de auferir os frutos e de dar aos bens a utilidade legal em prol de toda a coletividade.

4.9. Tais frutos civis são representados pela remuneração pecuniária que a Municipalidade de São Paulo receberia caso a área fosse objeto de uma regular "permissão de uso a título precário e oneroso". Isto porque, todos os bens trazem em si a possibilidade de quantificação pecuniária.

4.10. Para a lei civil pouco importa o que o proprietário irá fazer com o seu bem assim que for reintegrado na posse, qual a sua futura destinação. O que importa é o que deixou de receber, o que pela natureza do bem poderia ser recebido. Tudo isso causado pelo ato ilícito praticado pelo Réu.

4.11. Conforme se comprovou nesta sentença, fato admitido pelo próprio Réu, explorava-se o bem público municipal com estacionamento de veículos, que, na área em questão resulta em quantia muito significativa.

4.12. O que a Autora pleiteou na inicial, foi a indenização pela privação da posse. Assim, **o prejuízo a se compor é aquele oriundo do fato mesmo do molestamento da posse.**

4.13. Não se deve confundir tal prejuízo, que decorre da lei em seu efeito quanto ao possuidor de má-fé, com aqueles que lesionam, danificam a própria coisa. Estes sim demandam prova concreta do prejuízo. Os advindos do ato ilícito do esbulho, restam provados desde o termo inicial do esbulho, e representam os benefícios, os frutos civis da coisa que deixou a Autora de usufruir.

4.14. Em consequência da má-fé, deve o Réu responder pelos frutos (art. 513, CC) desde a notificação até a efetiva desocupação, apuráveis em liquidação por arbitramento e baseados no valor locativo do bem ocupado indevidamente.

4.15. Ora, qual a prova concreta que se deve fazer neste caso: a prova do esbulho e da conseqüente má-fé. Não teria cabimento fazer-se, na prova pericial, o valor locativo do bem, pois este estaria defasado quando da execução. Ademais, o prejuízo decorre da letra da lei, advindo da má-fé pelo ato ilícito do esbulho. Provado este, e o percebimento de frutos indevidamente, provado está o prejuízo concreto a toda a coletividade.

4.16. Por outro lado, restou provado que o Réu explorava economicamente o próprio municipal. Ocorre aí um verdadeiro enriquecimento sem causa, decorrente de ato ilícito seu, situação que não pode ser consagrada judicialmente.

4.17. É este o entendimento do I. **Ministro GUEIROS LEITE, da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que assim já decidiu:**

"Além da ação de esbulho em si mesma, a ordem jurídica assegura ao possuidor o ressarcimento do dano, que pode apresentar na responsabilidade aquiliana ou na estrutura da própria proteção possessória. Se a posse traduz uma

situação proveitosa, a quebra do ritmo de sua fruição pela moléstia possessória é via de fato causadora de prejuízo. E não podendo a ordem jurídica compadecer-se com a lesão, reconhece ao possuidor turbado ou esbulhado, a par do interdito defensivo, a indenização dos danos sofridos (TITO FULGÊNCIO, apud CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, Instituições, vol. IV, 1ª ed., 1970, pág. 64). *Os danos não são apenas concretos, como a obstrução de vias públicas, mas podem consistir no esbulho em si mesmo.*

...

Além dos frutos civis, cabe ao esbulhador a recomposição do bem em seu "statu quo ante", isto é, a sua restituição e restauração.

..."

(Agravamento de Instrumento nº 3318-SP [90000031494]) (grifou-se) (cópia em anexo).

4.18. O indeferimento da indenização, neste caso, nega vigência ao art. 528 do CC, pois contraria o preceito legal de que os frutos pertencem ao proprietário (e legítimo possuidor); e ao art. 513 da mesma lei, que obriga o possuidor de má-fé a restituir os frutos percebidos durante o esbulho.

4.19. É só o que se pleiteia, e o que se encontra demonstrado nos autos. Provado o "an debeatur" (conforme acima), resta apenas a apuração do "quantum debeatur" que pode ser relegado à fase de liquidação do julgado, por arbitramento, com base no valor locativo do bem esbulhado, multiplicado pelo número de meses em que o esbulho perdurou. Deste modo, estarão sendo restituídos a seu legítimo proprietário e possuidor os frutos civis da coisa esbulhada, sem que se permita que a atitude maliciosa gere um enriquecimento sem causa, em detrimento de toda a coletividade.

4.20. Por fim, cumpre ressaltar que o v. acórdão recorrido, ao afirmar que "...o Jockey tirava proveito econômico da área, cobrando pelo estacionamento de veículos (fls. 4 do acórdão), conclui da seguinte maneira: "E se havia certeza de que se realizava o esbulho, também é certo que havia certeza da tolerância, ao menos porque havia a retribuição de IPTU" (fls. 5 do acórdão).

4.21. Ora, não se pode concordar com a conclusão acima, eis que:

a) o lançamento tributário de IPTU, conforme doutrina e jurisprudência, não significa reconhecimento pela Municipalidade de domínio privado da área. Veja-se o entendimento da E. 4ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, *in* RT 570/108: "O simples pagamento de imposto territorial não demonstra exercício efetivo da posse";

b) isto se dá, porque o procedimento de lançamento fiscal de determinado imóvel é feito por pessoas leigas, mediante documentos (de propriedade ou não) **fornecidos pelos próprios interessados**. Nesse lançamento - no qual resta consignado expressamente que não tem qualquer efeito de reconhecimento de domínio do mesmo - são incluídas as áreas "apresentadas como particulares";

c) na maioria das vezes é a própria análise desses títulos apresentados pelos particulares que irá ensejar contestação, administrativa ou judicial, do caráter privado de determinados imóveis, seja via medidas possessórias, seja via medidas reivindicatórias;

d) nessa conformidade, até que se conclua pelo caráter público dos mesmos, permanecem lançados os impostos. Mesmo porque o lançamento do IPTU refere-se ao uso e à propriedade, mas sempre condicionados à eventual revisão pelo Fisco, da veracidade da informação prestada pelo particular;

e) este é o caso dos autos. Não se pode concluir que estivesse o Réu de boa-fé pelo simples fato de estar pagando IPTU sobre o local, pois ele próprio declarou como sua, área pertencente à Municipalidade de São Paulo, demonstrando inequivocamente a sua má-fé;

f) ademais, não se pode aceitar que o E. Órgão Colegiado entenda que possa haver **compensação** ao arrepio da lei, sob o singelo fundamento de que o Réu realmente agiu de má-fé, e esbulhou a área, devendo, portanto, indenizar, mas que, como pagava IPTU está isento de compor o prejuízo conforme estabelecido em lei;

g) ressalte-se, novamente, que se houve pagamento de IPTU este se deveu exclusivamente por declaração única do Réu, e que há procedi-

mento próprio para restituição de impostos indevidos, não podendo a atitude maliciosa do Réu ser a causa de uma compensação não prevista em lei, nem feita a requerimento das partes.

5. CONCLUSÃO

5.1. Por todo o exposto, e pela satisfação dos requisitos de nossa Lei Magna, impõe-se a reforma da v. decisão recorrida, a fim de incluir-se na condenação, o pagamento pelo Réu da indenização pelo uso indevido do bem público, nos termos retro, por ser esta uma medida de cumprimento integral das leis que compõem o nosso sistema legal, e de

JUSTIÇA!

São Paulo, 16 de outubro de 1995.

Silvana Aparecida Rebouças Antonioli
Procuradora do Município - Patr. 22
OAB/SP 111.238-A