

ARCHIVO JUDICIARIO

PUBLICAÇÃO QUINZENAL

DO

JORNAL DO COMMERCIO

VOLUME VIII



(Outubro, Novembro e Dezembro)
1928



RIO DE JANEIRO
1929

SUPPLEMENTO

(ARTIGOS ORIGINAES)

(Neste supplemento serão reproduzidos os principaes artigos que, sobre assumptos juridicos, tiverem sido publicados no *Jornal do Commercio*.)

A EXCEPÇÃO DE DOMINIO NAS ACÇÕES POSSESSORIAS

PELO

DESEMBARGADOR VIEIRA FERREIRA

O assento de 16 de Fevereiro de 1786 foi tomado na Casa da Supplicação para se firmar "a genuína, literal e a verdadeira intelligencia" do alvará de 8 de Novembro de 1754.

Este alvará, "querendo evitar os inconvenientes que resultam de se tomarem posses dos bens das pessoas que fallecem por outras, ordinariamente estranhas e a que não pertence a propriedade", ordenou "que a posse *civil* que os defuntos em sua vida houverem tido passe logo, nos bens livres dos herdeiros, escriptos ou legitimos".

Indicou tambem as pessoas a quem passaria a posse nos bens vinculados, e nos prazos de nomeação e declarou que a posse civil do defunto se transmittiria a seus herdeiros ou successores com os effeitos da natural, sem ser necessario que esta se tomasse.

Continuava no successor a mesma posse, que tivera o *de cujus*, ainda que não apreendesse a coisa por acto proprio, faltando assim a tal posse um dos elementos, o *corpus*, necessario por direito romano.

E' a *saisie héréditaire* que passou para os arts. ns. 496 e 1.572 do nosso Codigo Civil, com mais amplitude do que no direito francez, que a exclue no *legatario universal*, havendo do herdeiro necessario. e nos *legatarios por titulo universal*.

Esses legatarios são os herdeiros testamentarios do nosso direito, a quem tanto o alvará como o Codigo Civil concedeu a posse da herança.

Tratando da successão nos bens vinculados o alvará de 1754 determinou que a posse civil com effeitos de natural passasse ao filho mais velho do defunto, e na falta desse filho ao neto e depois ao irmão do defunto, ou ao sobrinho, na falta do irmão.

O assento declarou que a indicação desses parentes era exemplificativa e que a posse do morgado, na falta do neto, se transmittia ao bisneto e' aos seguintes descendentes, em linha recta, bem como, além do irmão e sobrinho, os parentes collateraes mais proximos do administrador, sendo do sangue do instituidor, e que não se tratava do direito de representação, em que o legislador se referia a irmão e sobrinho limitativamente.

Objecto do assento era a interpretação do alvará e não das disposições relativas a restituções da posse nas Ordenações do Reino, como se pode ver pelo seu proemio e pelos tres quesitos propostos aos desembargadores.

Mas no final da resposta ao segundo quesito se declarou que "havendo um parentesco proximo, em que se verifique, sem dependencia, a certeza e preferencia indubitavel deste direito, se deve julgar transmissivel a posse, até para se não seguir o visivel absurdo de se julgar os interdictos restitutorios, e nos outros casos concurrentes no fôro, a referida posse áquelle mesmo a que, pelo processo e evidencia notoria dos autos, se depreende não lhe dever ser julgada a propriedade".

Esta ultima parte contém uma simples observação incidente e não um dispositivo do assento. E' um méro escholío, com que os desembargadores que o assignaram não podiam interpretar e muito menos alterar o direito das Ordenações sobre interdictos possessorios.

Com effeito, como se vê do principio do assento, a Rainha não o mandou tomar sobre duvidas relativas á allegação do dominio nas acções possessorias, mas "a mesma senhora foi servida que se procedesse a um assento sobre a genuina, literal e verdadeira intelligencia da disposição do sobredito alvará",

Vinham em seguida os quesitos e em nenhum delles se tratou da excepção de dominio.

Muito menos poderia revogar-se por um assento o direito industrial das Ordenações, que repellem tal excepção, ainda quando se trata de quasi força. Ord. IV, 58 paragrapho 1º.

ALMEIDA E SOUZA prescinde do assento e da opinião dos doutores que procuravam mitigar o rigor das leis contra os esbulhadores. Segundo a sua, quando se trata da quasi-força, a prova do dominio obsta á restituição da posse, mas tendo havido violencia o dominio do esbulhador não o exime de restituir o esbulho. *Interdictos*, parag. 236:

Não se firma em um assento que seria exorbitante, se houvesse interpretado ou alterado as Ordenações do Reino.

"Mandou el-Rei por cartas do Desembargador do Paço, de 6 de Setembro de 1616, 26 de Abril de 1617, que nenhum tribunal derogue Ordenação sem sua especial ordem, e que tudo o que sem ella se obrar em derogação das leis e regimentos seja nullo da maior nullidade". *Repertorio*, IV, pag. 361; BORGES CARNEIRO, *Direito Civil*, parag. 7.

"E na primeira carta", diz-se no citado *Repertorio*, "tambem se fala em interpretação das Ordenações".

Esse era o direito publico de Portugal ao tempo do assento.

Por isso os jurisconsultos reinicolas, como os insignes MELLO FREIRE, ALMEIDA E SOUZA, PEREIRA E SOUZA, CORRÊA TELLES E COELHO DA ROCHA, que escreveram depois d'elle, não fizeram obra com o final da resposta do seu segundo quesito.

Mas entre nós o grande TEIXEIRA DE FREITAS fez dessa observação incidente como se fosse dispositiva, o art. 818 da sua *Consolidação das leis civis*.

Depois de dizer no art. 817 que "não se admitte nas acções de força a defesa fundada em dominio, ou em outro qualquer direito que se allegue ter sobre a coisa esbulhada", accrescentou no outro: "todavia, não se deve julgar a posse em favor daquelle a quem se mostra evidentemente não pertencer a propriedade".

E' a fonte do art. 505 do nosso Código Civil, que revogou nessa parte o direito das Ordenações do Reino. O assento é que não o fez nem podia fazê-lo.

O direito do Código philippino é insophismavel. Ainda no caso da quasi-força, em que a prova do dominio revelava o forçador da perda da cousa occupada, era obrigado á restituição della, para depois litigar sobre a propriedade. *Spoliatus ante omnia restituatur*.

Admittia-se, para se excluir a pena, a prova da propriedade por parte do esbulhador. "Porém, sem embargo de o assim provar, será o esbulhado restituído á sua posse. E sendo restituído, poderão litigar ordinariamente sobre a propriedade".

Este direito não podia ser revogado pelo assento, que não foi tomado sobre elle, mas sobre os graus de parentesco em linha recta e collateral nos herdeiros e successores a quem se transmittir a posse do defunto.

Nem podia ser objecto de um assento, porque não era duvidoso, como se exige na Ordenação I, 5, 5.

Se o assento fala em propriedade é porque, sendo feita a posse conferida pelo alvará, era necessario determinar as pessoas a quem se transmittia e essas eram justamente as mesmas que adquiriam a propriedade, quando o defunto a houvesse tido.

O assento por isso referia-se "ao espirito e mente da lei, que quer que a posse passe para aquelle que tiver um verosimil e mais provavel direito á propriedade.

E accrescentava que o "direito da transmissão da posse se regula por muitos differentes princípios, os quaes se dirigem a impedir o enorme abuso, que se fazia, de se apossarem pessoas estranhas dos bens vinculados, e ainda aquelles em grau remoto e incerto, a quem verdadeiramente não pertencia o direito de successão, nem o dominio dos bens..."

"...e nesta precisa e justa consideração, havendo um parentesco proximo em que se verifique, sem dependencia de maior discussão, a certeza e preferencia indubitavel deste direito, se deve julgar transmissivel a posse..."

O que continúa em uma oração circumstantial, "até para se não seguir o visivel absurdo, etc", não é o que se assenta, mas apenas um parenthese critico.

Afinal o assento não fazia mais do que continuar a posse do *de cujus*, contra quaesquer usurpadores, nas pessoas a quem coubesse o direito successorio.

Mas o escholio, consolidado por TEIXEIRA DE FREITAS, estava destinado a vingar em nosso direito, ainda que CARLOS DE CARVALHO, nas fontes do art. 353 de sua *Consolidação*, se apoie até no assento de 1786 para excluir a excepção de dominio, seguindo a mesma doutrina que RIBAS no art. 750 da sua.

O art. 505 do Código Civil tinha no projecto da Camara dos Deputados o n. 511.

O Senado approvou uma emenda supprimindo a parte final:

"Não se deve, entretanto, julgar a posse em favor daquelle a quem evidentemente não pertencer o dominio".

Essa emenda não foi remettida á Camara quando o Senado lhe devolveu o projecto emendado, e por isso não passou pelos tramites constitucionaes ultteriores, sendo o Código sancionado sem a suppressão que o Senado approvava.

Entretanto, o deputado JUVENAL LAMARTINE, a quem tocou nessa parte o estudo do projecto na Comissão Especial, referiu-se a ella no seu parecer, impugnando-a em seus fundamentos com uma observação muito intelligente.

Elle sustentou que a disposição, taxada no Senado de contraria á theoria de IHERING, era pelo contrario conforme ás idéas desse jurisconsulto, que na posse via uma propriedade apparente.

Essa apparencia desaparecia desde que se mostrasse o verdadeiro dono. Era logico.

Mas a Camara não teve necessidade de sujeitar a emenda, que o Senado não lhe enviou com as outras.

Já vigorava o Codigo Civil quando alguns illustres juristas se occuparam do occorrido entre elles o eminente professor EUZEBIO DE QUEIROZ e o saudoso JUSTINIANO DE SERPA.

Este entendia que não era licito á magistratura conhecer da inconstitucionalidade do artigo, por irregular elaboração no Parlamento.

Mas o caso não seria puramente regimental e ao Poder Judiciario não se pôde negar a attribuição de pronunciar a nullidade da lei elaborada inconstitucionalmente.

A disposição contida na segunda parte do artigo 505, do Codigo Civil não me parece, porém, inquinada de inconstitucionalidade.

Escrevi a esse respeito no prologo ao meu *Codigo Civil annotado*, pagina LXII.

“Entendo que, desde que se não processou até o fim, por não ter sido re-mettida, a emenda proposta por uma das casas do Congresso ao projecto da outra, deve a emenda considerar-se inexistente e o projecto sem ella approved”.

“Se, figurando outra hypothese, a Camara a tivesse rejeitado, mas, ao devolver o projecto, não fizesse constar ao Senado a rejeição da emenda, para que este pudesse mantel-a por dois terços de votos, penso que ella se deveria ter como approvada, porque não me parece valida, na elaboração da lei, a approvação, ou a rejeição, que se não sujeita, por falta de remessa, ao processo ulterior que a Constituição prescreve. Do contrario um ramo do Poder Legislativo faria vingar, sem que pudesse contrastal-o, a camara iniciadora, as alterações ao projecto, ou as rejeições de emendas, que lhe não enviasse”.

Eis como por um erro de interpretação do assento de 1786 penetrou em nosso direito a excepção de dominio nas acções possessorias, para vingar a qual basta que se prove evidentemente o dominio do réo, autor da turbação da posse ou do esbulho.

Não sabiam os desembargadores do assento que a sua arremetida contra o direito reinol seria acceita por um sabio jurisconsulto brasileiro como direito vigente e que o nosso Codigo Civil a perfilharia com os louvores prodigalizados á falsa, ainda que especiosa doutrina de IHERING.

Falsa em direito romano, especiosa em boa logica, se considerarmos a instituição em sua realidade juridica. Nem faltariam a SAVIGNY os elementos necessarios para uma replica decisiva.

O Codigo Civil portuguez não admittia a execução do dominio que se attribue ao assento.

Nem os Codigos Civil allemão, artigos 859, 861, 862 e 863, e suiso, artigos 926 e 927, nem o paragrapho 1º deste artigo se refere á excepção do dominio, mas ao desforço de outro esbulho.

Entretanto esses codigos foram promulgados, já muito conhecida a theoria do Ihering.

Allega-se em pról da excepção do dominio a economia de processo.

Porque restituir em um e recuperar em outro?

Mas o processo a que se obriga o autor da força, restituída ou mantida a posse, é justamente um modo de punir as vias de facto. A lei o priva do modo de possuir e até o que é seu, para que não recorra á força privada.

O direito romano, desde VALENTINIANO III, o punia com a perda da coisa, ou do equivalente quando não era sua. Código VIII, 4, *unde vi*, 7.

O mesmo fizeram as Ordenações do Reino, IV 58 pr.

Será excessivo; mas a manutenção ou a restituição da posse, prove ou não o réo o seu dominio, é um meio idoneo do coherente legalismo. E foi sempre o nosso direito antes de 1917.

Pelo novo, como se acha no art. 505 do Código Civil, não obsta á manutenção, ou á restituição na posse, a allegação de dominio, ou de outro direito sobre a coisa; obsta, porém, quando provada evidentemente. Prova que o esbulhador não poderá produzir na restituição preliminar regulada no art. 506, na qual não é ouvido.

Quaesquer outras distincções, como a de posse duvidosa ou indubitavel manutenção ou reintegração, força ou quasi, apartando-se dos termos inequívocos do Código Civil, são illegaes e arbitrarios.

(Publicado no *Jornal do Commercio* de 14 de Outubro de 1928).
