

A ALEGAÇÃO DE NÃO-DOMÍNIO

SIMÃO ISAAC BENJÓ

1 — Tormentosa questão oferece-nos a interpretação do art. 505 do Código Civil Brasileiro.

2 — Parece-nos que a interpretação obediente à literalidade desse dispositivo não é a que lhe dá certa doutrina, pela qual se mantém na posse quem é, e às vêzes se confessa, esbulhador inequívoco.

3 — Diz o art. 505 do Código Civil, *in verbis*:

“Não obsta à manutenção, ou reintegração na posse, a alegação de domínio, ou de outro direito, sobre a coisa. *Não se deve, entretanto, julgar a posse em favor daquele a quem evidentemente não pertencer o domínio.*”

4 — Sobre a primeira parte nenhuma dúvida se oferece. O grande tormento está na análise e interpretação da parte final:

“*Não se deve, entretanto, julgar a posse em favor daquele a quem evidentemente não pertencer o domínio.*”

5 — Muitos julgados têm entendido o dispositivo pelo lado positivo, analisando à posição do autor:

Daí dizer-se frequentemente, que o autor de ação possessória não deve vencer a ação possessória se o seu domínio não está provado de modo evidente.

6 — Essa interpretação é que conduz ao ponto que os intérpretes alegam querer evitar: a discussão sobre o direito, sobre a legitimidade, enfim, sobre a propriedade. Com esse entendimento, transforma-se o campo de batalha: do possessório passa-se ao terreno do petitório e o autor quase sempre perde, ou, em outras palavras, o esbulhador quase sempre vence, restando ao esbulhado a contemplação melancólica de uma grave e funda injustiça.

7 — Com efeito, exigindo-se que o autor de uma simples ação possessória prove de modo evidente o seu domínio sobre a coisa, o que se está fazendo é nada mais nada menos que pedir-se como prova de posse a demonstração da legitimidade do direito de propriedade, o que vem autorizar que se conclua que, com tal exigência, confundem-se os conceitos de posse e propriedade, transformando-se aquela numa conceituação mais rigorosa do que esta, pois para a primeira exige-se domínio evidente, enquanto que nas ações sobre o domínio, ou seja, nas ações de reivindicação, contentam-se os julgadores com a prova de propriedade, mesmo não evidente.

8 — Demonstrado o absurdo a que se chega em consequência da interpretação mais corrente, não há como não considerá-la contrária à literalidade do dispositivo legal.

9 — À parte final do art. 505 do Código Civil deve ser dado o seguinte entendimento:

“Havendo dúvida sobre a legitimidade da posse do réu, e não tendo o autor demonstrado sua posse de modo cabal, não se deve julgar a posse em favor daquele a quem de modo evidente não pertencer o domínio.”

10 — Essa tese, ao contrário da corrente dominante, dá ao dispositivo um *sentido negativo* (a lei não diz que se deve julgar a posse, mas que *não se deve julgar* a posse) e analisa a *posição de ambas as partes* (autor e réu).

11 — Pela interpretação dominante, julga-se a posse em favor do autor, se este prova o domínio evidente sobre a coisa. Em caso contrário, vê-se êle desprovido de sua posse, ainda que demonstrado o esbulho.

12 — Pelo entendimento ora adotado, *data venia*, e que é o que mais se comporta com a literalidade da lei, a matéria de que trata o art. 505, *in fine*, é de exceção. Não visa o dispositivo uma regra para deferir-se a posse, mas uma exceção, para não conceder-se a posse.

É o que está na lei: *não se deve julgar a posse*.

13 — Claro está que se numa ação possessória uma das partes demonstrar a *legitimidade de sua posse* (porque não basta a prova de simples detenção, de simples poder físico sobre a coisa: é preciso que a posse não fira o direito de outrem, é necessário que tenha um conteúdo de valor social e não represente um desvalor social) e a outra não o fizer, não há que se cogitar do art. 505 do Código Civil. O problema se resolve pela *regra geral* do artigo 499.

14 — Invoca-se o artigo 505 em *caso de exceção*, quando não está demonstrada a *legitimidade da posse* das partes, quando há dúvida sobre essa legitimidade.

Funciona, então, a exceção, pelo processo residual: *elimina-se aquêle que não demonstrou, de qualquer modo, ser proprietário da coisa*, isto é, *afasta-se aquêle que se viu não ser, de modo evidente, o dono*.

Note-se: não se escolhe necessariamente o que demonstrou de modo evidente ser o dono.

Ao contrário: elimina-se quem taxativamente, elementarmente, não é o dono. A *falta de domínio* é que é *evidente*. Não há um elemento a comprovar, em favor do que vai ser excluído, a sua condição de proprietário.

É o que está na lição de PONTES DE MIRANDA (*Tratado de Direito Privado*, vol. X, pág. 316):

“*deve ser julgada a posse a favor de quem pode ser o dono; não deve ser julgada a posse a favor daquele que, evidentemente, não é o dono.*”

15 — É o que PONTES DE MIRANDA exemplifica à pág. 327 da mesma obra:

C — prova não plena da posse do autor
 D — prova não plena da posse do réu
 F — prova plena de não ser dono o réu
 G — prova do domínio do autor
 Conclusão: *alegação procedente.*”

E por que assim se deve entender?

Porque nosso Código adotou a teoria objetiva de JHERING, que definia a posse como exteriorização da propriedade, o domínio em seu aspecto externo, não sendo possível admitir-se posse onde não houvesse a visibilidade de domínio.

É que o grande romanista enfatiza em *O Fundamento dos Interditos Possessórios* (págs. 286-287):

“*Chamar a posse das coisas exterioridade ou visibilidade da propriedade, é resumir, numa frase, tôda a teoria possessória.*”

Assim sendo, havendo dúvida sobre a legitimidade da posse dos contenedores, deve ser presumida a ilegitimidade da posse a respeito daquele que nenhuma prova trouxe dessa exteriorização ou visibilidade do domínio.

16 — Se se deferisse a posse a favor daquele que nenhum indício de propriedade tivesse, e que antes não demonstrou a legitimidade de sua posse (v.g.: estar autorizado pelo proprietário, ser locatário, etc.), estar-se-ia legitimando uma ilegalidade, uma usurpação. Daí a providência legal, cuja interpretação não pode ser outra, para que não se defira a posse em favor do esbulhador, contra o esbulhado, só porque êste não logrou demonstrar seu domínio evidente e pleno.

17 — E afastando-se a parte que *não demonstra o ato aquisitivo de sua posse*, aceitando-se, portanto, a que oferece tal prova, ainda que de modo não absoluto, nada mais se está fazendo que prestigiar a teoria que inspirou o Código Civil, em tema de posse, como, com o brilho de sempre, elucida MATOS PEIXOTO:

“... JHERING diz que em muitos casos é mister remontar ao ato aquisitivo da posse, a fim de saber quem é o possuidor; e sua definição de *corpus* (exterioridade do domínio) envolve implicitamente a indagação do ato aquisitivo da posse, pois sem isso não se pode caracterizar essa exterioridade” (*Corpus e Animus na posse em direito romano*, pág. 117).