

A Exceção de Domínio e a Lei nº 6.820, 16.09.1980

SIMÃO ISAAC BENJÓ*

1. Desde o início da vigência do Código Civil Brasileiro até o advento de nosso Cód. Proc. Civil de 1973, o direito pátrio tratou da alegação de domínio ou de outro direito sobre a coisa, em face das ações possessórias, mediante a confusa disposição do artigo 505 daquele primeiro diploma, a saber:

“Art. 505. 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.”

1.1. A doutrina e a jurisprudência se dividiam.

Entendiam uns que a segunda parte do citado artigo consagrava uma exceção de domínio, de modo a autorizar a vitória daquele que demonstrasse ser titular, em toda sua plenitude, da propriedade ou do direito real, até mesmo em face do possuidor, que dele não houvesse recebido a posse direta.

Entendiam outros que tal disposição só se aplicaria na hipótese em que ambos os litigantes pleiteassem a posse com base no domínio. E aí não haveria que falar em exceção de domínio, porque não haveria litígio possessório propriamente dito.

1.2. O Supremo Tribunal Federal deu à norma legal interpretação que veio a se consolidar na Súmula, verbete nº 487:

“487. Será deferida a posse a quem, evidentemente, tiver o domínio, se com base neste for ela disputada.”

De acordo com esse posicionamento, só se decidiria a favor do titular do direito quando:

- a) houvesse dúvida quanto à posse dos litigantes;
- b) tivessem eles invocado a titularidade de seu domínio ou de outro direito real sobre a coisa;
- c) tivesse sido feita a prova inequívoca do direito invocado por um deles.

A prova da propriedade evidente contribuía para “colorar” a imprecisão da prova da posse.

Embora se falasse em exceção de domínio, nada se decidia sobre o domínio, e sim sobre a posse, na ausência de produção de prova correspondente por qualquer dos litigantes.

2. Como a Suprema Corte, até então, tinha a última palavra sobre o direito infra-constitucional, o enunciado n° 487 da Súmula acabava sendo aplicado às hipóteses nele previstas.

Não haveria, portanto, risco de admitir-se a exceção de domínio nas ações possessórias.

3. Surpreendentemente, com o advento do Código de Processo Civil de 1973, surgiu, inserida na segunda parte de seu artigo 923, de modo expresso, com todas as letras, a exceção de domínio no direito possessório brasileiro, pois se autorizou a vitória do proprietário ou titular de outro direito sobre a coisa, nas ações de manutenção ou de reintegração de posse, uma vez provado o domínio evidente:

“Art. 923. Na pendência do processo possessório é defeso, assim ao autor como ao réu, intentar ação de reconhecimento de domínio.

Não obsta, porém, à manutenção ou à reintegração na posse a alegação de domínio ou de outro direito sobre a coisa; caso em que a posse será julgada em favor daquele a quem evidentemente pertencer o domínio.”

4. Inconformados com a inovação legal, fizemos publicar um estudo na “Revista da Ordem dos Advogados do Brasil”, n° 1, sob o título “A Exceção de Domínio perante o Código de Processo Civil”, que serviu de fundamentação ao Projeto oferecido pelo Deputado ERASMO MARTINS PEDRO, que se converteu na Lei n° 6.820, de 16.09.1980, sendo o Deputado JOSÉ BONIFÁCIO DE ANDRADE NETO e o saudoso Senador ALOYSIO CHAVES relatores do Projeto na Câmara e no Senado, respectivamente.

4.1. Nesse estudo, com a revogação da parte final do art. 923 do C.P.C., pleiteávamos a exclusão da exceção de domínio e afinal vimos nossa pretensão atendida, como depõe CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA:

“O Código de Processo Civil de 1973, no art. 923, em redação um tanto confusa, admitiu a *exceptio domini*, ao estabelecer que “a posse será julgada em favor daquele a quem evidentemente pertencer o domínio.”

Modificação advinda da Lei n° 6820, de 16 de setembro de 1980, cancelando a segunda parte do artigo, fixou-o com esta redação: “Na pendência do processo possessório é defeso, assim ao autor como ao réu, intentar ação de reconhecimento de domínio”. A redação não é feliz, pois a questão não reside na faculdade de recorrer à via petítória. Do seu espírito, porém, conclui-se que a redação do art. 923 do C.P.C. repele a *exceptio domini*” (*ob. cit.*, n° 296, p. 55).

5. Eliminada a 2ª parte do artigo 923 do C. P. Civil, surgiram as seguintes

Indagações de Direito Intertemporal

1ª) Teria o artigo 923 do C.P. Civil, em sua redação primitiva, revogado o artigo 505 do C. Civil, em sua totalidade, ou apenas na 2ª parte?

2ª) Em caso afirmativo, com a eliminação da 2ª parte do artigo 923 do C.P.C.,

ter-se-ia ripristinado total ou parcialmente o artigo 505 do C. Civil?

6. Impõe-se enfrentar as questões suscitadas.

No desenvolvimento do referido estudo sobre a "Exceção de Domínio perante o Código de Processo Civil", admitimos que à 2ª parte do artigo 923 do C. P. Civil só se poderia dar um significado capaz de conciliar as 2 orações, qual seja:

"Não impede, porém, que na manutenção ou reintegração na posse se faça a alegação de domínio, caso em que a posse será julgada em favor daquele a quem evidentemente pertencer o domínio."

E, em conseqüência, afirmamos que desse entendimento se chegaria à conclusão inequívoca de *ter o Cód. Proc. Civil acabado com a tão discutida 2ª parte do artigo 505 do Cód. Civil e consagrado, pela 1ª vez no direito pátrio, a verdadeira exceção de domínio nas ações possessórias*, uma defesa indireta, do proprietário contra o possuidor.

Mas não é menos certo que nesse mesmo estudo verberamos contra o absurdo da indébita introdução do petitório no *possessório*.

Insurgimo-nos:

Primeiro, porque se põe contra toda uma estrutura social, que tem na posse um de seus valores mais ponderáveis e responsáveis pela estabilidade da vida econômica do País. Numa época em que se impõe a preservação da ordem contra a turbulência e a subversão, permitir-se que o proprietário desrespeite a posse, só por ser proprietário, será retroceder aos primórdios da justiça pelas próprias mãos, e até mesmo mediante criminosa violência.

Segundo, porque, assim, ocorrendo, teria a posse perdido qualquer significação, à mingua de uma proteção específica, que o próprio Código de Processo Civil lhe deu nos artigos 920 e seguintes.

ORLANDO GOMES, em plena vigência da primitiva redação do artigo 923 do Código de Processo Civil, põe-se frontalmente contra a *exceção de domínio* nas ações possessórias, demonstrando, precisamente, o absurdo de sua invocação:

"Ainda, porém, que tal exceção fosse conseqüente, seria, sob outro aspecto, absurda. Para admiti-la, a alegação do domínio por parte de quem investe contra o possuidor há de ser comprovada de modo *evidente*. Reconhecem todos os escritores dificuldades da prova do domínio - *probatio diabolica*. Mesmo os imóveis não têm, de modo absoluto, proprietários inequívocos, pois a presunção que o registro estabelece é *juris tantum*. Como admitir-se, pois, que numa ação possessória, do rito especial e finalidade limitada, se possa reconhecer, com segurança, que o possuidor não tem domínio porque este pertence evidentemente ao outro? Acolher a *exceptio domini* será, em última análise, estimular o proprietário a reaver, pela força, o bem de que se julga dono, na certeza de que se o possuidor intentar ação possessória ele, proprietário, consolidará a apropriação, exibindo seus títulos de domínio. Além do mais, como nota ESPINOLA, para que se apure não pertencer o domínio ao autor, é necessário que o réu prove, de modo evidente, esse fato, isto é, que o autor não é proprie-

tário da coisa ou titular do direito, ou, precisamente, que é ele, réu, o *titular*". Em conseqüência, o *possessório* se converteria em *petitório*, porquanto a controvérsia judicial passaria a ter por objeto o domínio" (*ob. cit.*, p. 87).

E por isso mesmo, ainda no mesmo trabalho, sugerimos que, de pronto, nossos tribunais adotassem o entendimento de não considerar escrita a parte final do artigo 923 do Código de Processo Civil, *a simile* da histórica decisão do Supremo Tribunal Federal, no Julgamento da Sentença Estrangeira nº 2.085, Relator o Min. LUIZ GALLOTTI, que considerou não escrito o parágrafo 3º do artigo 7º da Lei de Introdução ao Código Civil e, portanto, inaplicável, eis que resultado de um equívoco evidente, por ter o legislador "esquecido de que, enquanto a lógica não for sepultada, a validade ou invalidade de um ato só pode ser aferida em face da lei a que ela obedeceu" ("Rev. T. Jur.", vol. 63, p. 609).

Mas nossa sugestão não foi acolhida pelos Tribunais, que continuaram decidindo com base na 2ª parte do artigo 923 do Código de Processo Civil.

6.2. Felizmente foi acolhida, pelo Congresso Nacional, a 2ª sugestão, isto é, a supressão da 2ª parte do dispositivo processual com a edição da Lei 6.820/80.

6.2.1. Penetrando no exame da elaboração da Lei nº 6.820, de 16/09/1980, vamos ver, claramente, que o legislador teve em conta a distinção entre a regra do Código Civil (2ª parte do artigo 505) e a do C. P. Civil (2ª parte do artigo 923).

Isso é facilmente demonstrado pela leitura do Diário do Congresso Nacional (Seção II), de 19/08/1980, pp. 3.768/3.770, por onde se comprova toda a discussão travada em torno do Projeto de Lei da Câmara nº 105, de 1979 (nº 3.935/77, na Casa de origem), que deu nova redação ao artigo 923 do Código de Processo Civil, nos termos preconizados em nosso estudo sobre a matéria.

E na manifestação vencedora do Sen. ALOYSIO CHAVES, Relator do Parecer favorável ao Projeto, encontramos, claramente, a prova de que o Senado Federal deliberou em face da nítida distinção entre as duas regras acima enunciadas.

É que S. Exa. acolheu e fez transcrever, integralmente, nossas objeções sobre as dúvidas levantadas pelo então Sen. PAULO BROSSARD, quanto à aprovação do Projeto, dentre elas a inutilidade de revogação da norma processual, quando subsistente ficaria a norma equivalente, *mutatis mutandi*, do artigo 505 do Código Civil.

Disse, na oportunidade, o Sen. ALOYSIO CHAVES que tais considerações, que bondosamente entendeu extremamente judiciosas, pareciam espancar qualquer dúvida sobre a matéria e, por isso, as reproduzia, usando da faculdade que o Regimento lhe concedia.

Eis o trecho, pertinente, de nossa manifestação:

"3ª) Diz o Sen. BROSSARD que a segunda parte do artigo 923 do Código de Processo Civil seria *mutatis mutandi* a regra constante da segunda parte do artigo 505 do Código Civil.

Data venia, não é bem assim.

A segunda parte do artigo 505 do Código Civil estabelece, apenas,

um critério negativo sobre a apreciação da prova da posse. Havendo dúvida sobre quem seja o possuidor, por não terem as partes feito prova do exercício relativamente autônomo de um senhorio de fato sobre a coisa, presume-se possuidor quem pode ser o proprietário, afastando-se quem evidentemente não tiver o domínio.

É a lição de Pontes de Miranda:

“O que a lei quer é que somente não vença, na dúvida sobre a posse, quem, evidentemente, não tem o domínio. E A e B lutam pela posse e o Juiz tem dúvida a respeito, mas A evidentemente não é o dono da coisa, prefere-se B, porque o B é o dono, ou há probabilidade de ser o dono” (*Tratado de Direito Privado*, Tomo X, Ed. Borsoi, RJ, 1995, § 1.117, p. 323).

Reconhecendo a hipótese de dúvida sobre a posse foi que, na interpretação da 2ª parte do artigo 505 do Código Civil, a Súmula do Supremo Tribunal Federal, verbete nº 487, assentou:

“Será deferida a posse a quem, evidentemente, tiver o domínio, se com base neste for ela disputada.”

Se houver disputa de posse com base no domínio, e não na posse propriamente dita, isto é, se houver discussão sobre o direito de possuir (*ius possidendi*) e não sobre a posse (*ius possessionis*), já não estará em jogo a prova da posse e sim do domínio. Então, vencerá o que fizer a prova de seu domínio evidente.

Tal pressuposto (dúvida sobre a posse) já não ocorre na regra contida na 2ª parte do artigo 923 do C. de Processo Civil:

“... a posse será julgada em favor daquele a quem evidentemente pertencer o domínio.”

Consagra-se, aí, um absurdo: a vitória indubitável da propriedade sobre a posse, em tema de ação possessória.

Tal disposição resulta de uma interpretação errônea do artigo 505, 2ª parte do Código Civil, como advertia o consagrado Pontes de Miranda:

“Alguns intérpretes têm negligenciado, no estudo, a leitura da lei. Nela não se diz que “não se deve, entretanto, julgar a posse em favor de alguém se a outrem evidentemente pertence o domínio.”

“A dúvida pode ser quanto à posse, não quanto ao domínio, por parte de ambos aos figurantes, posto que possa haver dúvida quanto ao domínio de algum figurante se o outro evidentemente não é o titular do domínio. Aqui, a probabilidade a favor do figurante pesa para se decidir quanto à posse, porque quanto ao domínio não se decide na ação possessória, ainda que se aplique o artigo 505, 2ª parte. Razão porque é erro o juiz dizer que entrega a coisa a quem evidentemente é o dono, ou a quem pertence a coisa” (*ob. cit.*, p. 323).

Ora, se já se chegou a uma razoável interpretação da segunda parte

do artigo 505 do Código Civil, relativamente à alegação de domínio (que deve ficar no campo do direito substantivo), por que criar-se uma segunda regra, paralela, que textifica uma errônea interpretação daquela norma, justamente num Código de Processo Civil onde ela não tem qualquer pertinência?

É um erro de fundo e de colocação, que se impõe corrigir.”

6.2.2. E é por isso que, no particular, e só aí, tem inteira procedência a lição de OSCAR TENÓRIO, aplaudida por SERPA LOPES (*Curso de Direito Civil*, 1º vol., I, pp. 97/8, 3ª ed., F. Bastos, 1961), citada no acórdão proferido pelo 1º Grupo de Câmaras do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nos Embargos Infringentes nº 06/86, na Apelação Cível nº 1495/87, Relator o Des. HUMBERTO DE MENDONÇA MANES:

“... O problema da repristinação se transforma numa questão de interpretação, cabendo ao intérprete considerá-lo, ao verificar se a lei anterior foi ou não revogada. Na verdade se admitirmos a aplicação integral, fatal e intransigente da não restauração da lei revogada, chegaremos a conclusões absurdas e até em contrário à ostensiva vontade do legislador. Sobretudo, em se tratando de uma disposição especial de nosso Código Civil, que haja sido revogada por uma lei posterior, sendo essa lei, posteriormente, por seu turno revogada, cumpre que o intérprete estude perfeitamente se foi propósito ou não do legislador restaurar a sistemática de um Código, cuja revogação parcial de qualquer de seus dispositivos sempre produz um desajuste no seu arcabouço. Conseqüentemente, é uma questão de interpretação e não de aplicação geométrica, a do § 3º, do artigo 2º da Lei de Introdução, que ressalva a possibilidade de repristinação.”

7. Pois bem: ao adotar nossas ponderações, o legislador teve o propósito expresso de eliminar a exceção de domínio, colocada na 2ª parte do artigo 923 do C.P. Civil, em confronto com a 2ª parte do artigo 505 do C. Civil, que não tinha qualquer conotação petitória, apesar de grande parte da doutrina insistir, com CLÓVIS BEVILÁQUA, que aí estava inscrita a própria exceção de propriedade.

É bom repetir o que dissemos na oportunidade:

“A segunda parte do artigo 505 do C. Civil estabelece, apenas, um critério *negativo* sobre a apreciação da prova da posse. Havendo dúvida sobre quem seja o possuidor, por não terem as partes feito prova do exercício relativamente autônomo de um senhorio de fato sobre a coisa, presume-se possuidor quem pode ser o proprietário, afastando-se quem não tiver o domínio.”

Logicamente, portanto, o legislador não teve como equivalentes a 2ª parte do artigo 505 do C. Civil e a parte final do artigo 923 do C. P. Civil; ao contrário, considerou esta disposição antagônica àquela.

Ora, se duas disposições sobre a relação posse *versus* propriedade se sucedem no tempo e são contraditórias, é óbvio que a disposição processual revogou a norma de D. Civil:

“Assiste inteira razão ao v. decisório, pois, tendo o Cód. Proc. Civil regulado a exceção do domínio em ação possessória de maneira diferente do artigo 505 do Código Civil, houve a derrogação ou revogação parcial deste último dispositivo, nos termos do artigo 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Cód. Civil.

Quer isto dizer que, a partir da vigência do Cód. Proc. Civil de 1973, a exceção de domínio, em ação possessória, passou a ser regulada pelo seu artigo 923 e não mais pelo artigo 505 do Cód. Civil”. (HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, in “Ações Possessórias”, ADV, p. 21).

8. O mesmo não se pode dizer da 1ª parte do artigo 505 do C. Civil, repetida literalmente pelo 1º período da 2ª parte do artigo 923 do C.P.C.

Sendo idênticas as disposições, a última não revogou a primeira. Coexistiram.

E a revogação do 1º parágrafo do artigo 923 de um diploma não importou revogação da norma idêntica de outro diploma, tanto mais que a *ratio* daquela revogação era, apenas, de caráter topológico: não havia motivo para manter uma norma de direito material em um Cód. P. Civil.

Bastaria a norma de direito substantivo.

É a lição de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA:

“Na verdade, à lei de fundo cabe conceder o direito, fixar as normas de sua constituição e disciplinar o seu exercício. Às de forma é relegada a discriminação do rito e dos trâmites a seguir, para a efetivação da defesa.

Acontece que, algumas vezes, a tutela do direito associa intimamente o fundo e a forma, por tal arte, que, sem esta, sofre a própria substância, e sacrifica-se na sua essência o sistema defensivo.

A posse é desses institutos, cuja unidade é fundamental à eficácia da técnica de proteção, em razão da ligação íntima existente entre o direito e a sua defesa. A peculiaridade desse direito está em que se acha permanente e indissolúvelmente ligado à situação de fato. Qualquer distúrbio que sofra esta, afeta-o na própria essência. Daí a conveniência de que a lei, que define o direito, conceda desde logo a sua tutela, no reconhecimento de que, faltando a defesa que assegura ao seu possuidor aquela exteriorização da conduta análoga à do proprietário, o que vem a sacrificar-se é o próprio direito, e sucumbirá a posse. Em consequência, cabe à lei de fundo - Código Civil - conceder e definir desde logo ao possuidor o direito de agir contra o turbador e o esbulhador”. (*ob. cit.*, nº 296, p. 50).

9. Revogada a 2ª parte do artigo 923 do Cód. Proc. Civil, não se ripristinou a 2ª parte do artigo 505 do C. Civil:

“Com a revogação, pela Lei nº 6.820/80, da parte do artigo 923 do Cód. Civil que cuidava da questão dominial no interdito possessório, não se pode pensar em ressurreição da regra similar do artigo 505 do

Cód. Civil, porque, à falta de disposição expressa na lei nova, “a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido vigência (Lei de Introdução, artigo 2º, § 3º)”. (HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *ob. cit.*, p. 21).

O que, de qualquer forma, não se pode aceitar é que a 2ª parte do artigo 923 do Cód. P. Civil fosse *mutatis mutandi* a regra constante da segunda parte do artigo 505 do Cód. Civil.

São coisas diferentes, como se vê da exposição que fizemos ao Relator do Projeto, no Senado, que se converteu na Lei nº 6.820/80.

E como tais foram consideradas no processo de votação no Legislativo, conforme trecho acima transcrito.

A norma inserida na 2ª parte do artigo 505 do Cód. Civil não tinha qualquer efeito petitório, sendo, como salienta PONTES DE MIRANDA, acima citado, errônea qualquer interpretação nesse sentido.

10. A 2ª parte do artigo 505 do C. Civil só encontra sua razão de ser no campo do direito de *saisine*, regulamentado pelo artigo 1.572 do C. Civil e, quando muito, dele poderia ser um parágrafo.

TEIXEIRA DE FREITAS e CLÓVIS BEVILÁQUA, que o seguiu, não se deram conta da natureza civil da posse tratada nas Ordenações de 1603 e na Lei de 09/11/1754, e interpretada pelo Assento da Casa da Suplicação, de 16 de fevereiro de 1786.

Ao introduzirem norma de posse civil no capítulo da posse natural, criaram um fantasma que até hoje confunde gerações de juristas.

11. É certo que, embora a rotulasse de exceção de domínio, CLÓVIS só a admitia em hipótese que nada tem a ver com tal exceção.

Veja-se, a propósito:

“2 - A segunda parte do artigo, reproduzindo o assento de 16 de fevereiro de 1786, é que consagra um princípio modificativo da regra geral, princípio que era, diversamente, entendido pelos nossos juristas. Cumpre atender ao pensamento do Código, a fim de não se reproduzirem os dissídios de outrora.

O Projeto primitivo adotara a lição de TEIXEIRA DE FREITAS, dizendo (artigo 582, 2ª parte): “Todavia não se deve julgar a posse em favor daquele a quem se mostra, evidentemente, não pertencer a propriedade”. O Revisor alterou, ligeiramente a redação desse dispositivo, sem lhe tocar na substância. A Câmara também aceitou essa exceção, que, entretanto, passou a ser de *domínio*. Alguns entenderam, porém, que, tendo o Código adotado a doutrina de IHERING, quanto à posse era incongruente manter a exceção em favor do domínio. Encontrou essa opinião agasalho no Senado, cuja Comissão propôs e obteve que se suprimisse esta parte do artigo (*Diário do Congresso*, de 22 de setembro de 1912).

Mas segundo bem notou JUVENAL LAMARTINO, se no pensamento

de IHERING, é o interesse da propriedade que justifica a defesa da posse, em vez de contrária à doutrina do grande romanista, é um corolário dela a exceção em favor do domínio. Atendendo a estas ponderações, o Congresso a restabeleceu

4 - A exceção de domínio, porém, não pode ser utilmente invocada, senão quando: a) A posse disputada se apresentar como exterioridade do domínio do possuidor. A posse indireta é estranha à exceção do domínio. b) Evidentemente o domínio não pertence ao contendor. O Código prevê a hipótese em que duas PESSOAS PRETENDEM A POSSE A TÍTULO DE PROPRIETÁRIAS, E MANDA QUE, SE, EM RELAÇÃO A UMA DELAS, FALHAR, EVIDENTEMENTE, ESSE PRESSUPOSTO, A FAVOR DELA NÃO SE JULGUE A POSSE POIS LHE FALTA O FUNDAMENTO.

Não sendo evidente o direito dominial de um dos contendores, ou restringindo-se o pleito ao fato da posse, sem referência ao domínio, aplicam-se os preceitos comuns, que formam a teoria da posse, e dizendo-se várias pessoas possuidoras do mesmo objeto, aplicar-se-á o estabelecido nos artigos 500 e 507". (*Código Civil dos E. U. B. Com.*, 2ª Tir., ed. histórica, Ed. Rio, pp. 986/987).

12. Aliás, não foi feliz a remissão da SÚMULA do S.T.F., verbete 487, à 2ª parte do artigo 505 do C. Civil.

Deveria tal verbeta ser fonte de interpretação do artigo 524, com o qual guarda mais afinidade.

É que, por ele, defere-se a posse a quem, evidentemente, tiver o domínio, se com base nele for disputado.

Assim sendo, ele prevê a disputa da posse entre proprietários que não podem ou não querem invocar sua posse.

Ora, disputa para reaver a coisa própria, que se acha em poder do réu, é reivindicação, à luz do artigo 524 do C. Civil.

Não havendo dúvida sobre a posse de um dos contendores, a ação possessória lhe é julgada favoravelmente e continua possessória.

13. Ressalte-se, porém, que não está dito nesse verbeta 487 que, por economia processual, o dono do bem deve sair vencedor na ação possessória, mesmo que o adversário demonstre sua posse, para evitar que se perca tempo, no caso de sucumbência, tendo posteriormente de propor ação de reivindicação.

13.1. É certo que esse é o entendimento que o julgado do S.T. Fed. ("Rev. T. Jur.", vol. 118, p. 1.126) deu ao verbeta 487, contrariamente ao acórdão padrão em que se baseou o mesmo verbeta, como se verá a seguir.

13.1.1. E, *data venia*, não é o que está escrito nesse verbeta.

Cogita a jurisprudência sumulada de resolver conflito entre partes que não provam ter a posse da coisa e que disputam a posse, apenas com base na propriedade.

Logo, não se pode ver aí inserida a exceção de domínio em interdito possessório.

Para haver exceção, é preciso haver defesa indireta.

Se as duas partes negam os respectivos direitos, a defesa é direta, não é exceção.

O que está no verbete 487 da Súmula não é exceção de domínio; é, repita-se, uma interpretação complementar do artigo 524 do C. Civil.

Não é demais repetir que o acórdão (Rec. Extraordinário nº 63.080), que lhe serviu de padrão, era expressamente contrário à procedência da ação possessória movida pelo proprietário, mesmo sendo indubitável a sua propriedade.

Entre o fato evidente do domínio e o fato evidente da posse, prevaleceu a força desta, porque a ação era possessória.

Tivesse a Suprema Corte querido adotar a exceção de domínio, a Súmula teria um verbete diferente.

Diria, por exemplo:

“Diante do domínio evidente de um dos litigantes em ação possessória, a ele se deferirá a posse, não obstante tenha o outro provado sua posse.”

Mas não foi isso que se sumulou.

Encontrou-se uma fórmula para decidir sobre direito à posse, entre proprietários que apenas invocam seu *ius possidendi*.

O mais adequado, portanto, repita-se, teria sido relacionar o verbete 487 da Súmula com o artigo 524 do C. Civil.

13.2. Se vier a prevalecer a tese sustentada por acórdãos mais recentes do Supremo Tribunal Federal e de alguns colegiados de nosso Tribunal de Justiça, como o proferido pelo 1º Grupo de Câmaras Cíveis nos Embargos Infringentes nº 6/88, teremos chegado à frustração no campo da teoria da posse.

14. Em nada terá adiantado lutar para eliminar, como foi eliminada, a *exceção de domínio* nas ações possessórias, que, em evidente absurdo, a 2ª parte do artigo 923 do C. P. Civil consagrara.

Sob o pretexto da economia processual, e invocando-se uma errônea interpretação do verbete 487 da Súmula do S.T. Federal, ter-se-ia introduzido, via direito pretoriano, a exceção de domínio que a Lei nº 6.820/80 expressamente eliminou.

15. Incabível é a invocação ao artigo 1.033 do Cód. Proc. Civil português:

“O réu pode, na contestação, alegar que tem o direito de propriedade sobre a coisa, objeto da ação e pedir que lhe seja reconhecido esse direito.”

Era, precisamente, isso o que se continha na 2ª parte do artigo nº 923 do nosso Cód. de Proc. Civil de 1973.

E foi isso que a Lei nº 6.820, de 16/09/1980, revogou.

Sem razão, portanto, o acórdão proferido pelo 1º Grupo de Câmaras Cíveis do T. Just. do RJ., nos Embargos Infringentes nº 6/88, na Apelação Cív. nº 1.495/87.

Nem se diga que Clóvis Beviláqua interpreta autenticamente a 2ª parte do artigo 505 do C. Civil, ao mencionar que aí se inseriu a exceção de domínio coerentemente com a teoria de IHERING, pois este jamais admitiu a exceção de domínio nos interditos possessórios:

“IHERING de tal modo se preocupou em excluir a exceção de domínio do âmbito dos interditos possessórios que acabou concluindo não ser o *precário* um interdito possessório, não sem antes confessar:

“Uma das proposições mais comumente adotadas na teoria possessória é que o interdito de *precário* é um interdito *recuperandae possessionis*; eu mesmo fui desta opinião na primeira edição deste livro, depois da qual me convenci do contrário.” (*Fund.*, p. 134).

E o principal entre os argumentos erigidos por IHERING foi o de que se pode opor, ao referido interdito, a exceção de domínio (*ib.*, p. 136).

A nosso ver, trata-se, porém, de uma observação equivocada do grande romanista, pois o texto invocado (D. 43.26, 4, 3) não contém a argüida exceção de domínio.

O texto tem a seguinte redação:

Item si rem meam precario rogavero, rogavi quidem precario sed non habeor idcirco quia receptum est rei suae precarium non esse.

Temos aí, portanto, uma simples afirmação de que não pode haver precário, quando a coisa pertence ao próprio concedente, por isso que ninguém pode pedir em precário aquilo que é seu.

IHERING vislumbra aí um caso de exceção de domínio, dizendo:

“É certo que a jurisprudência romana mais recente adotou a doutrina de que o próprio proprietário pode tomar a coisa em precário do possuidor atual (*precarium possessionis* por oposição a *precarium proprietatis*), mas abstração feita deste caso (quando se estipulou um simples precário, ou, como dizem as fontes, quando o precarista, durante a sua posse, descobre que ele é o proprietário, tem contra o interdito a exceção de propriedade em seu favor. Como conciliar essa exceção com a natureza do interdito possessório? Pois que a essência de *todos* os interditos possessórios é serem alheios à questão de direito.” (*ob. cit.*, p. 137).

Esqueceu-se o grande romanista de que a referência ao domínio nem sempre é exceção de domínio, que tem os característicos próprios de uma exceção

Se o precarista apura ser ele mesmo o verdadeiro dono da coisa e resolve não devolvê-la a quem, inicialmente, acreditava ser o dono,

torna-se inexistente o precário, segundo diz o texto transcrito, porque ninguém pode receber em precário o que é seu.

Fenômeno semelhante ocorre na hipótese prevista no D. 41, 3, 21, quando o proprietário, sem o saber, toma de locação o seu próprio terreno

.....
No caso do precário, ocorrendo a insubsistência do mesmo, pela circunstância apontada, o primitivo concedente perde o direito de pedir a restituição da posse concedida precariamente. A posse do réu não é mais, e no caso nunca foi, precária.

Acionado o réu, através de um interdito possessório, duas hipóteses podem ocorrer: ou o demandante ignora a circunstância, ou a conhece e a afirma. No segundo caso, o magistrado lhe nega o interdito, sumariamente; no primeiro, cabe ao réu negar diretamente a pretensão do autor, dizendo inexistir precário, porque veio a saber que a coisa lhe pertence. Então será o demandante, afinal, vencido, não por força de exceção de domínio, mas pela ausência de direito para pedir o interdito de precário

.....
Outro argumento, que prova não se tratar de exceção de domínio, decorre do simples fato de que mesmo *in iudicio* o réu poderá argüir a inexistência do precário e ver sua defesa acolhida, por isso que o juiz absolve o réu quando fica provado que o demandante não tem o direito que invoca, ou quando inexistente a relação jurídica invocada (nº 49, deste trabalho).

Falha, portanto, o principal argumento empregado por IHERING para excluir o precário dos interditos possessórios, ficando, de outro lado, demonstrado que tais interditos não admitiam a exceção de domínio.” (SIMÃO ISAAC BENJÓ, *in Exceção de Domínio*, pp. 59/61).

Em seu “Ensaio sobre a Posse” (“Rev. de Dir.” volumes 5 e seguintes), EDMUNDO LINS, ao resumir as considerações feitas por IHERING às objeções à sua teoria, no pertinente à de que a proteção concedida ao ladrão e ao salteador até contra o proprietário, expõe:

“Entretanto: essa conseqüência má só se manifesta raramente, pois, em regra, o proprietário é o possuidor, ela é menos prejudicial na posse que nos exemplos citados, pois não é irreparável, uma vez que o proprietário vencerá, afinal, na reivindicação. E ainda: se o possuidor é que tiver a propriedade, terá a vantagem do gozo da coisa na pendência da lide e de ficar isento do ônus da prova. Há, por outro lado, entre o ladrão e o proprietário, uma série de situações intermediárias que são dignas de proteção: tal o caso daquele que se apodera de um campo abandonado e o cultiva; embora ele não se torne proprietário do mesmo, todavia não é justo que seja expulso pelo primei-

ro que se lhe apresentar arrogando-se o direito de propriedade, quando ele é que, pelo seu trabalho, cultivou a terra e lhe deu um valor, que, antes, ela não tinha.” (SIMÃO ISAAC BENJÓ, *Exceção de Domínio*, pp. 52/53).

Conclusões

16. 1ª) Se o réu alega ter cometido a agressão ou ameaça a posse do autor, por ser o proprietário, isso é uma exceção de domínio, que, como tal, deve ser rejeitada (1ª parte do artigo 505 do C. Civil).

2ª) Se, porém, o autor da ação possessória que pede lhe seja deferida a posse, invocando e demonstrando, para tanto, o seu direito de propriedade, é preciso distinguir:

a) se, concomitantemente, alega *ius possessionis* (ou *factum possessionis*);

b) se, apenas, invoca e prova o *ius possidendi*.

2ª. 1) Na hipótese (a), a prova da posse lhe é facilitada, bastando que produza evidências da mesma, traduzidas na aparência de um procedimento que todo proprietário tem com suas coisas.

E, além do mais, num litígio contra o esbulhador, obterá, até mesmo, a *proteção liminar*, uma vez preenchidos, para tanto, requisitos legais, saindo, afinal, vencedor.

Se, porém, não faz prova alguma de posse, perde a ação, se o réu faz prova da sua posse.

2ª. 2) Na hipótese (b), a situação se desdobra, embora, de qualquer modo, não lhe seja deferida a *proteção liminar*.

Pode ocorrer que:

(b1) - o réu, ao se defender, alegue e prove ter posse e, nesse caso, a pretensão autoral será rejeitada.

(b1) - o réu invoque *ius possidendi* e uma posse que não tenha e que, portanto, não demonstre, e, igualmente, não prove a existência daquele direito de possuir.

Nessa hipótese, embora a ação tenha sido rotulada de possessória, o que está em juízo é uma ação de reivindicação (artigo 524 do C. Civil), em que ambos os contendores se dizem donos e não têm posse.

Vencerá, então, o autor.

É aí que incide a Súmula do S.T.F., verbete nº 487, no seu verdadeiro sentido:

“Será deferida a posse a quem, evidentemente, tiver o domínio, se com base neste for ela disputada.”

* Simão Isaac Benjó é Procurador de Justiça no Estado do Rio de Janeiro (aposentado).
