



Da Restituição da posse por ordem do juiz funcionando administrativamente.

Spoliatus, ante omnia, restituendus est adversus quemcumque spoliantem.

I

Tem-se dicto que o Código Civil é uma simples consolidação do direito anterior (1), para significar a timidez e parcimonia de suas innovações. Não é verdadeira a these; mas, se poudeser affirmada por um jurista competente, deve ser tomada como louvor ao Código Civil, que, apenas, pretendeu desenvolver a massa jurídica preexistente para dar-lhe forma consentanea com o estado actual das coisas, accrescentando-lhe, somente, o indispensavel para attender ás creações já consagradas pela opinião dominante na melhor doutrina.

Não obstante pouco se distanciar, assim, do direito anterior, é sempre um instrumento novo, cujo manejo

(1) MARTINHO GARCEZ, *Theoria geral do*, p. V: « Certo é que o nosso Código Civil, em projecto, será mais uma consolidação brilhante e synthetica do direito civil patrio com algumas raras scentelhas de novidade do que um vasto monumento de sabedoria jurídica ... »

não se vae fazendo sem difficuldades. Ora emprestam-lhe intenções que não podia ter, ora descobrem lacunas, que não existem. Uns esbarram com antinomias insolúveis, decidem outros contra a letra expressa e clarissima, porque têm dos factos compreensão differente. E tudo isso na melhor intenção. Nem valeria a pena deter-nos com os malevolos, cujo esforço improductivo se desfaz entregue a si mesmo.

Convém olhar para o Código Civil com respeitosa sympathia, porque é lei do paiz, e a lei, além de ser uma ordem que exige obediencia, é uma expressão de consciencia do povo, da alma collectiva. A sympathia faz-nos entrar nos sentimentos de outrem (2), e nos mostra a sua organização íntima e as suas tendencias. Sendo uma dilatação do proprio ser, augmenta-lhe as facultades de percepção e penetração.

Convem, igualmente, reconhecer no Código Civil a sistematização do nosso direito, que tem individualidade, que é dotado de feição propria. Não lhe pretendamos eliminar as particularidades, as soluções originaes, afogando-as na enchente de direito commum do occidente, e, muito menos, forçando-as a se ajustarem ao que se acha estatuido neste ou naquelle paiz culto.

Ninguém disse melhor estas coisas do que Spencer Vampré. O seu novo livro sobre *Interpretação do Código Civil* é um manual que devemos ter sempre ao nosso lado sobre a mesa de estudo, ou á cabeceira, para nos saturarmos de suas idéas, e sentirmos com elle. Desse precioso breviario, extraio as palavras seguintes: "Amemol-e por isso, espalhando, largamente, o respeito por essa obra secular, que é o testemunho mais alto e mais nobre, que neste momento poderíamos dar a todas as nações do mundo, de que o Brasil sente, de que o Brasil tem unidade, de que o Brasil vive como nação, e se assenta digna-

(2) BAIN, *Les émotions et la volonté*. cap. V.

mente, ao lado dos povos mais policiados e mais cultos." (3)

II

Vêm-me ao espirito estas ponderações a proposito de um recente julgado do tribunal da Relação de Minas Geraes, que, muito merecidamente, goza do mais elevado conceito, quanto á educação juridica e quanto ao valor moral dos seus membros. E' por isso mesmo, um caso que reclama a attenção, e que, por não ser isolado, por ter similares em varios pontos do paiz, indica uma attitude mental de parte de muitos juristas.

Attendendo á significação intellectual da sentença, proferida por um dos tribunaes que maior brilho dão á alta magistratura do paiz, e á importancia do assumpto, que lhe é objecto, alinho aqui estas ligeiras glosas, em defeza do que entendi ser a verdade juridica, o direito legal.

E' de posse que se trata, materia, entre todas, complexa, ondulante e indeterminada, no direito civil, porque abrange relações juridicas de natureza differente, e, sob certo ponto de vista, se nos afigura um mundo em formação, tal é o numero de theorias inventadas para applical-a. Não é, pois, de estranhar a interpretação dada pelo tribunal de Bello Hirizonte ao art. 506 do Codigo Civil.

Eis a letra desse artigo: "Quando o possuidor tiver sido esbulhado, será reintegrado na posse, desde que o requireira, *sem ser ouvido o autor do esbulho antes da reintegração.*

(3) *Interpretação do Codigo Civil*, pag. 125.

Nada mais limpo. Mas, se alguém invoca o dispositivo em sua defeza, a justiça lhe responde:

"Só por acção processoria pode o violentado ou esbulhado ser mantenido ou restituído na situação de facto anterior; e, como em toda acção é essencial ouvir-se o réo com a sua defeza, e, portanto, que este seja, inicialmente citado, é visto que o art. 506 do Codigo Civil não permite a manutenção e a restituição do que se diz possuidor molestado ou esbulhado, sem que seja citado e ouvido previamente, o que se diz offensor de posse alheia." (4)

O douto Mendes Pimentel, notou nas eruditas observações que faz ao accordão, em que essa affirmativa se encontra, que tal intelligencia "tem o defeito de contradizer, formalmente, o texto legal." (5)

Não será outro o sentimento de quem quer que a conheça.

Mas porque assim se decidiu? Explica o tribunal: porque no art. 506 "não se criou direito novo, consolidaram-se disposições das Ordenações, III, 40, 2.º; IV, 58, princ. e § 1.º, que nunca se julgou autorizassem reintegração judicial de alguém na posse, por mera allegação de esbulho." (6)

Realmente não houve intuito de innovar o direito anterior. Mas é manifesto o proposito de restaurar um principio salutar, que a lei anterior parece não ter destacado com a clareza e o vigor necessarios, e que a pratica forense, a pouco e pouco foi desvirtuando, a ponto de parecer novidade e causar estranheza quando o Codigo Civil o expõe á luz plena, exigindo que lhe cumpram o mandamento.

A Ord. 3, 40, § 2, termina o seu dispositivo por es-

(4) *Revista forense*, vol. XXX, p. 46.

(5) *Revista forense* cit., p. 44.

(6) *Revista forense* cit., p. 55.

tas palavras: — *o esbulhado, antes de outra coisa é restituído á sua posse, de que foi esbulhado.*—O preceito ahí apparece para explicar, com um exemplo, outra situação jurídica, a do que nega estar em posse da coisa, que lhe mandam; mas, apesar do enfraquecimento, que possa trazer ao pensamento da lei o modo exemplificativo de exprimil-o, se as palavras se hão de entender como sôam, aquella phrase do Codigo Philippino corresponde, exactamente, á do Codigo Civil, art. 506: "Quando o possuidor tiver sido esbulhado, será reintegrado na posse..... sem ser ouvido o autor do esbulho, antes da reintegração."

No livro quarto, titulo quinquagesimo oitavo é dos esbulhadores, que se occupam as Ordenações. E determinam que, se alguem esbulhar outrem da posse, perca o direito que tiver na coisa forçada, em beneficio de que soffreu o esbulho, *e lhe seja logo restituída a posse della* "E posto que allegue que he senhor da coisa, ou lhe pertence por ter nella algum direito, não lhe seja recebida tal razão, mas, *sem embargo della, seja logo constrangido a restituil-a ao que a possuia*, e perca todo o direito, que nella tinha, pelo fazer por sua propria força e sem autoridade de justiça."

No paragrapho primeiro, permittiam as Ordenações que o esbulhador *fosse recebido a provar summariamente*, como a coisa era sua, e se tal provasse seria relevado da pena de perder o seu direito. Mas essa attenuação favorecia, somente, a *quasi-força*, isto é, o esbulho clandestino; a *força verdadeira*, o esbulho violento, soffria todo o rigor da lei. Alem disso, essa attenuação somente se referia á perda do direito, e não á restitução da posse: "Porém sem embargo de assim provar, será o esbulhado restituído á sua posse."

Foi, portanto, um principio, uma idéa do direito anterior que o Codigo exarou no art. 506.

Dir-se-á que tal se não praticava, que o esbulhado que não se desforçasse immediatamente, havia de recorrer á acção possessoria, na qual teria de debater a sua posse, com o espoliador. Mas é que o uso forense eliminou ou não quiz ver um remedio, que a lei offerecia, e o Codigo Civil restaurou, com a intenção de lhe dar efficacia, de o ver funcionar, e não para que, de novo, a jurisprudencia o nullifique.

E', pois, este o systema do Codigo Civil, quanto ao esbulho:

a) Aquelle que o soffre poderá restituir-se por sua propria força, comtanto que o faça logo (art. 502).

b) Se não puder ou não quizer desforçar-se, poderá pedir ao juiz que o reintegre, por sua autoridade, sem ouvir o autor do esbulho antes da reintegração (art. 506)

c) Não usando de nenhum desses remedios, terá a seu dispor o interdito *recuperandae possessionis*, (art. 499) que aliás, não fica excluido pela providencia indicada na alinea anterior.

A restituição do art. 506, por petição da parte e despacho do juiz, é um acto meramente administrativo, confiado ao criterio da autoridade judiciaria, que decretará a restituição, quando se lhe provarem o facto da posse e do esbulho, dispensando a audiencia do espoliador, mas podendo usar dos meios, que lhe pareçam adequados á verificação do que se allega.

O esbulho a que se refere o art. 506 é recente, ou que, pelo menos, não date de mais de anno e dia, porque, passado esse prazo, firma-se a posse, que será mantenida, summariamente, até que, pelos meios ordinarios se prove o seu vicio ou falta de fundamento (art. 508). Não ha que distinguir entre esbulho violento, clandestino ou abusivo.

Não se veja nessa medida extraordinaria da restituição da posse por decisão graciosa do juiz uma defi-

ciencia de garantia para as relações jurídicas, porquanto o juiz nada decide, apenas restabelece a situação anterior ao esbulho. E, num systema em que se permite a reintegração da posse por acto privado do esbulhado, comtanto que reaja immediatamente, sem detença, não é muito que se a permitta por simples mandado da justiça, pela força exclusiva da autoridade.

O fundamento do remedio, nos dois casos, é o mesmo: não merece a protecção da ordem juridica o autor da violencia ou do abuso, porque a dispensou e a offendeu, usando do seu proprio poder, da violencia ou da falsa fé, como se não se achasse em uma sociedade policiada.

III

Outra accusação, que soffreu o art. 506, foi a de se não conciliar com o antecedente e o subsequente, 506 e 507. Mas não procede a increpação. Nem ha mister grande esforço para mostral-o.

O art. 505 consagra o principio da separação do possessorio em faee do petitorio : "Não obsta á manutenção ou reintegração na posse, a allegação de dominio ou de outro direito sobre a coisa". E' a regra romana: *separata esse debet possessio a proprietate*. A essa norma admitte-se uma excepção, a do dominio evidente, creada pelo assento de 16 de Fevereiro de 1782, 2.º quesito : "Não se deve entretanto, julgar a posse em favor daquelle a quem, evidentemente, não pertencer o dominio."

Contra esta excepção já se allegou uma irregularidade na formação da lei (7). Tal irregularidade, po-

(7) Refiro-me á questão levantada por ASTOLPHO REZENDE com applauso de MENDES PIMENTEL (*Revista forense* XXX).

rém, não pode ter consequencia, foi sanada pela approvação definitiva do artigo pelos dois ramos do Congresso Federal, e, agora, não me interessa. Interessa-me, apenas, mostrar que não existe antinomia entre a excepção de dominio evidente e o remedio possessorio da reintegração, sem audiencia do esbulhador. Pareceu a Mendes Pimentel que este remedio tranca toda e qualquer oportunidade para que se mostre, evidentemente, que o dominio não é do esbulhado, mas do autor do esbulho (8). Desfaz-se, entretanto, a contradicção apontada, logo que se attende a differença das situações previstas.

Dado o esbulho, aquelle que o soffre pode usar do remedio, que lhe faculta o art. 506, e pedir ao juiz que, sem audiencia do espoliador, restitua as cousas ao estado anterior. Não sendo ouvido o espoliador, não poderá allegar dominio evidente. Se, porém, preferir o esbulhado a acção de força, porque o remedio do art 506 não resolve a questão da posse, poderá ser-lhe opposta a excepção de dominio. Esta excepção só é possivel na acção de força. Não se deve, entretanto, *judgar* a posse, diz o Código, isto é, dar sentença na acção proposta. O remedio administrativo do art. 506 é usado ^{na} ~~na~~ ^{final} do curso da acção, e nada resolve, quanto ao direito de possuir; apenas elimina o effeito da violencia ou da má fé, como processo de solver pendencias entre individuos.

São, portanto, dois momentos differentes. Na acção de força, (art. 505) poderá apparecer a excepção de dominio evidente; na restituição graciosa, tal se não dá, porque, não havendo acção, não terá o réo oportunidade para allegar essa defeza.

No art. 507, attende-se á qualidade da posse. Sendo de menos de anno e dia, a reintegração somente será concedida contra os que não tiverem melhor posse. Tambem

(8) *Reviata forense*, XXQ, p. 43.

aqui se suppõe uma acção, sem debate judicial, ou, se se todos forem duvidosos, para decretar o sequestro da coisa, até se apurar a quem toque.

Se ha uma apreciação judicial de titulos, se ha jui-
zo contraditorio. a situação é, inteiramente, diversa da
que presuppõe o art. 506, em que longe de haver con-
trastação de titulos, apenas se vê o facto, puro e sim-
ples, do esbulho, que o juiz faz desaparecer, a pedido
do esbulhado, sem audiencia do esbulhador.

CLOVIS BEVILACQUA.

