

Mas, afóra isso, há o interesse de terceiros, que também podem interpor recurso no prazo legal, e bastaria isso para refutar a tese de irrecorribilidade da sentença de partilha.

Invoca o Dr. Juiz a praxe adotada da redução do prazo para recurso, com a aquiescência dos interessados e fiscais. Mas, trata-se, de praxe abusiva e errônea, sem qualquer amparo legal, já refutada pela jurisprudência do antigo Tribunal de Justiça.

O prazo para recurso é peremptório, e não se dirige apenas aos que são partes, favorecendo também terceiros, o que mostra a impossibilidade de supressão, ou mesmo de redução.

Aliás, é precisamente nos processos das Varas de Órfãos e Sucessões onde mais comum surge a hipótese de recursos interpostos por terceiros interessados, que não figuram como partes. São herdeiros ausentes, que os interessados, de conluio, excluem da sucessão; são processos de extinção ou subrogações, feitas em prejuízos de terceiros interessados; são mulheres desquitadas, em prejuízo das quais se faz a partilha; credores legítimos dos herdeiros, prejudicados, etc. afóra uma gama inumerável de hipóteses que, a cada dia, chega ao conhecimento dos Tribunais.

Finalmente, convém lembrar que a tese da irrecorribilidade da sentença meramente homologatória, além de não ter qualquer ressonância no texto do Código fere diretamente um de seus dispositivos, o do art. 520, que dá o efeito devolutivo à sentença que "**homologar**" a "divisão ou a demarcação", impondo-se, portanto, a reforma da decisão agravada.

Rio de Janeiro, 1.º de novembro de 1977

ALOYSIO M. TEIXEIRA
Pres. com voto

L. LOPES DE SOUSA
Relator

NOTA: O acórdão **supra** acolheu recurso interposto pelo Titular da Curadoria de Resíduos junto à 3.ª Vara de Órfãos e Sucessões, Dr. Victor André de Soveral Junqueira Ayres.

TRIBUNAL DE ALÇADA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

AÇÃO POSSESSÓRIA

Ação possessória e sua procedência, provido para tal fim o apelo, pois não é de acolher-se a tese de que anteriormente não tiveram os Autores a posse, visto como a cláusula de imissão, contida na escritura de venda, o princípio da **possessio in absentia rei**, o poder de disposição, sem as pretensas restrições do chamado poder de fato, a **affectio tenendi**, a posse **oculi et affectu**, a posse em função de domínio, provado e demonstrado este, tudo isso, sem falar-se noutros fatores relevantes, não admite se deixe de reconhecer a legitimidade do verdadeiro dominus, do legítimo titular, ante simples declarações de testemunhas e comprovantes sem relevo e força de atuação como meio de aquisição de certeza, ao extremo de contraporem-se a instrumento público solenizado, perfeito e acabado. Decisão por maioria.

Vistos e relatados os presentes autos de Apelação Cível número 77.785, em que são apelantes L. M. S. C. e seu marido, sendo apelada N. L. F. A. O., acordam os Juizes da 5.^a Câmara Cível do I Tribunal de Alçada, em decisão por maioria, contra o voto do Juiz Relator, DAR PROVIMENTO ao apelo, a fim de julgar procedente a ação e reintegrar os apelantes na posse, cominada a multa diária de Cr\$ 100,00 para o caso de novo esbulho; custas e honorários de 10% sobre o valor da causa pela apelada. Designado o Juiz Revisor para o acórdão.

A douta sentença, como se viu do relatório, rejeitou a prescrição extintiva, mas entendeu que a Autora, ao contrário da Ré, jamais teria tido a posse da área, e, assim, julgou improcedente a ação, compelida a A., aliás autores, ao pagamentos e honorários de Cr\$ 3.000,00.

Alguns pontos salientados nas douts razões de apelante, quanto à matéria de forma, não assumem grande relevo. Mas, quanto à ausência de posse, anteriormente, pela A., é a questão bem mais delicada do que a multos se afigura. Poder de fato — dizem as leis, em seus textos; diz a doutrina; dizem quase todos. Mas, em que consiste esse poder de fato? qual o seu *Tatbestand*? É a posse um direito, ou um fato? Um fato, nem se pergunta, afirma esmagadora maioria em todo o mundo jurídico. Entretanto GUSTAV LENZ indaga maliciosamente se adquire-se um fato. Não. O que se adquire é um direito, ou segundo suas próprias palavras: *der Besitz kann nur erworben werden, weil er ein Recht ist*. Em vulgar: a posse somente se adquire, porque é um direito (Cf. *Das Recht des Besitzes*, p. 97, Berlin, 1860). Os códigos, os legisladores, têm tanto pavor de exprimir um conceito de posse, de defini-la, que nem é conveniente tocar em tal assunto. RUI BARBOSA criticava justamente o Projeto oriundo da Câmara dos Deputados, quando teve suas vistas voltadas para o que veio a constituir o art. 485, afirmando que, "a rubrica é da posse. Devia-se pois, esperar a definição desta, e a que nos oferece, é a do possuidor. Por quê? Lógica, ou juridicamente, por quê?". Se permitido pelos que podem permitir, bem poderia dizer-se.

que se considera POSSE o poder de disposição, sobre coisa, direito ou seu exercício, fundado num título, ou aparência suscetível de assegurar a sua proteção na ordem jurídica.

Disse muito bem um certo monografista que tem a fortuna de ser desconhecido (ANTON HESS) que a tradição implica em assegurar a outrem, de futuro, a possibilidade daquilo que se tinha. Isso, porque a índole da posse, em face do possuidor, é mais potencial do que atual. Possuir importa em ser garantido. Na espécie, os apelantes têm domínio desde 1.^o de outubro de 1970 (fls. 8); a posse foi transferida aos AA. a 12 de junho de 1970, com os mesmos caracteres que tinha até então, sendo de salientar-se que, pelo menos um daqueles que a tinham adquirido em 1961, era, fôra, por dias, absolutamente incapaz. O Cód. de Proc. Civil, atual, baniu a ação de imissão de posse, mas ampliou a **exceptio dominii**, como se vê de seu art. 923. Não admite ação de usucapão na pendência de processo possessório; repete, de certo modo, o art. 505, 2.^a parte, do Cód. Civil, mas determina que a posse será julgada em favor daquele a quem evidentemente pertencer o domínio. E domínio o têm os AA. Os outorgantes tinham adquirido o imóvel, a área, quando menor, pelo menos um deles, como se disse (fl. 5v.), a 6 de fevereiro de 1961. Logo, não podia correr a prescrição aquisitiva. Tinha, com outrem, a posse nove (9) anos mais tarde transferida à 1.^a apelante, e, conseqüentemente, ao segundo. Foi a posse transferida aos apelantes, que pagam tributos, pelo menos desde 1975 (fl. 9). A série de declarações de fls. 55 e segs., mais peças, como pagamento de energia elétrica — muito pálidas — a prova testemunhal, como se sabe, fácil de conseguir em qualquer sentido, não desfazem o título aquisitivo; prescrição extintiva não ocorreu; a posse há de ser dos apelantes. A **possessio ficta**, que, na conclusão de BIERMANN, que **ex prozesso** tratou da matéria, ocorre sempre que **der Besitzerrerb mit dem Willen des blshe-**

rigen Besitzes erfolgt. (*Traditio Ficta*, p. 219). Isso, por uma razão: é que o anterior possuidor se despoja de seu poder de disposição, opera-se a **Entwerung**, expressão que nem os dicionários encerram, mas suscetível de traduzir-se como demitir-se da posse, talvez **dessaisine**, para quem gosta do francês **saisine**, do inglês **selsin**, de que se ocupou MAITLAND. Transmitiu-se, transferiu-se, no caso, o poder de disposição aos AA. Não se tem nos textos de Direito positivo, o interdito **adpiscendae possessionis** (ou **apiscendae**), mas **lex dat semper remedium**. Ninguém fez tanto mal à teoria ou noção da posse como JULIUS PAULUS, ao extremo de JHERING afirmar que seguia o direito romano, não PAULUS. Pois bem: o próprio PAULUS admite que nem sempre **corpore et tactu necesse ad-prefendere possessionem, SED ETIAM OCULIS ET AFFECTU**. A **affectio tenendi** constitui algo mais expressivo — e muito mais do que os surrados **corpus e animus**, do que o **thatsächlich Gewalt** (por que não **Herreschaft?**), servilmente copiado pelo nosso art. 485, do Cód. Civil. **Animus e corpus** não são essenciais; constituem dois instantes — dois elementos — interno e externo, idéia e realização, essência e forma ou aparência, o lado interno e o externo, como sintetizou muito bem KIERULFF (*Theorie d. Gemeinen Civilrechts*, p. 390, Altona, 1839, vol. I, único). Pode-se adquirir um imóvel, um rebanho, a milhares de quilômetros, lá nunca se foi e deles dispomos, e, nem por isso se deixou de ter sobre qualquer deles o que se convencionou chamar, tecnicamente, posse, ou melhor, o que constitui posse, o chamado poder de fato. Na espécie, **dominus** é o casal, a sociedade conjugal, e pretende-se que este não é possuidor. Como não possui? Há de ter o poder de disposição, pois **res clamat domino**, e poder de disposição é de tal relevo que até na versão grega existe o seu equivalente — a **diáthepe** (infelizmente não se têm os caracteres do grego). SAVIGNY não considerava o **Interd. adpiscendae**, à semelhança de GIRARD e de tantos outros, mas o Eminente JHERING o contemplou, **als wirtelich possessorischer** (p. 69, dos **Fundamentos**, e tanto o contemplou, que acrescentou à matéria, exclusivamente o tema, nada menos de cinco páginas na 2.^a edição de sua revolucionária monografia, assimilada no Direito positivo brasileiro. Por estes fundamentos, entende a maioria que é de prover-se o recurso, para julgar procedente a ação, com as combinações indicadas, inclusive aquela contemplada no art. 921, inc. II, da lei processual civil.

Rio de Janeiro, 30 de maio, 1977.

JOSÉ GOMES B. CÂMARA

Presidente e Relator designado para o acórdão

VOTO VENCIDO

Data venia, negava provimento ao apelo, pelas razões que correm.

Claudicou o decisório em não reconhecer a defesa baseada em prescrição aquisitiva mais que vintenária, que tanto pode juridicamente ocorrer segundo a sabida lição de PEDRO NUNES ("Do usucapião", fls. 134) e de tantos outros que cita. De qualquer forma a erronia não foi objeto de apelo e não temos como apreciá-la agora.

No mais, a sentença é irreprochável por pretender a autora reintegração de indemonstrada posse. Se nunca a teve não pode reivindicá-la ainda que nas águas de discutido título dominical cuja validade se pretende ver prevalecer, passados anos de inércia, simplesmente porque o **rush** da valorização imobiliária agora lhe atinge o imóvel.

Confirma-se pois a minuciosa decisão de fls. 221/4 que lhe pôs cobro à pretensão e cujos fundamentos se incorporam na forma regimental.

Rio de Janeiro, 30 de maio de 1977

CAVALCANTI LANA

PROCESSO N.º 16.833/76 — REINTEGRAÇÃO DE POSSE

AA: L. M. de S. C. e J. de S. C.

R: N. L. F. A. de O.

SENTENÇA

Vistos, etc.

L. M. de S. C. "assistida por seu marido, J. de S. C." propôs esta ação contra N. L. F. A. de O., objetivando reintegrar-se na posse do "lote de terreno designado pelo número 12, da quadra 3, do P.A. 3784 e P.A.L. 7697 da "Vila Balneária", na Barra da Tijuca, cujas especificações e limites constam da inicial, abusivamente ocupado pela Ré "aproximadamente há 2 anos". Informa que a Suplicada, depois de construir "um barracão de madeira e um muro no local, ajuizou ação de usucapião na Vara de Registros Públicos", sendo decretada a extinção do processo (C.P.C., art. 267, III), por decisão irrecorrida.

Pretende recuperação da posse "com o desfazimento de qualquer benfeitoria feita indevidamente no terreno", perdas e danos, "além da cominação da pena de Cr\$ 200,00 por dia que permanecerem no imóvel da Suplicante, após a sentença que julgar procedente esta ação ou a cominação da mesma pena, caso a Suplicada torne a turbar ou esbulhar a posse do Suplicante, após a competente reintegração de posse a ser feita, nos termos e cominações legais" (docs. fls. 5/18).

Contestação, fls. 23, argüindo preliminar de "PRESCRIÇÃO EXTINTIVA" (*sic*) resultante de posse mansa e pacífica que se alonga por 35 anos.

Esclarece "que intentou nova ação de Usucapião. em face da V. sentença que determinou a extinção daquele processo, sem julgamento de mérito".

Refuta a versão apresentada na inicial, eis que reside nos lotes 12 (reclamado) e 13 há mais de 30 anos.

Requer "o acolhimento das preliminares argüidas, seja de prescrição extintiva do Direito, seja de exceção de competência, dela declinando, *data venia*, em favor do M.M. Dr. Juiz da Vara de Registros Públicos. . ." "Pede a improcedência da Ação, se desacolhidas as preliminares, ou indenização pelas benfeitorias "autorizada a retenção da posse em litígio, em caso de procedência", docs. fls. 25/177).

Réplica, fls. 179.

Saneador, fls. 185, precluso.

Audiência, fls. 190, 195, colhendo-se os depoimentos de fls. 191/194, 196, 197. Memoriais, fls. 199, 204. A Ré juntou os documentos de fls. 210/217, manifestando-se a Autora às fls. 219.

Considerando a data da Escritura de fls. 5, rejeito a argüida "PRESCRIÇÃO EXTINTIVA" (fls. 23).

Tanto no anterior ordenamento processual (art. 371) como no Código vigente (art. 927) as condições da Ação Reintegratória compreendem:

- I — a posse;
- II — esbulho;
- III — data do esbulho;
- IV — perda da posse.

Na hipótese *sub judice* os Autores não provaram sua posse, o alegado esbulho e sua data.

Informa a inicial que "aproximadamente há 2 anos, o referido lote de terreno foi invadido..." (fls. 2). Entretanto, as próprias testemunhas arroladas pelos Autores esclarecem que a Ré estabelera-se no imóvel em período bem anterior (fls. 186, 192, 193). Antes mesmo da aquisição instrumentada às fls. 5.

Jamais tiveram as Autoras o elemento fático da posse, nem exerceram, ou seus antecessores, qualquer evidência de disponibilidade sobre o imóvel reclamado.

Pelo contrário, por vários lustros, é a Ré que exerce o poder de fato sobre o lote, dele dispondo para sua moradia, sem qualquer oposição, como fartamente provam.

Por outro lado, não basta a prova da propriedade para assegurar o sucesso da reintegratória. Tal não é o alcance dos arts. 505, C.C. e 923, C.P.C. Só se defere a posse "a quem, evidentemente, tiver o domínio, *se com base neste tor ela disputada* (grifamos — Súmula 487). O que não ocorre no caso vertente.

Isto posto, considerando que os Autores não cumpriram, o ônus (C.P.C. — art. 333 — I) de provar as condições da ação (id. art. 927), julgo-a IMPROCEDENTE.

Condeno-os às custas processuais e honorários advocatícios do patrono da Ré, fixados em Cr\$ 3.000,00 sob as diretrizes do art. 20, C.P.C.

Publique-se.

Registre-se.

Intime-se.

Rio de Janeiro, 20 de dezembro de 1976.

HEITOR GENTIL MONTANDON
Juiz de Direito