SEMINÁRIO NACIONAL DE FORMAÇÃO DE PESQUISADORES E INICIAÇÃO CIENTÍFICA EM DIREITO DA FEPODI

S472
Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito da FEPODI [Recurso eletrônico on-line] organização Federação Nacional dos Pós-Graduandos em Direito - FEPODI;

Coordenadores: Beatriz Souza Costa, Lívia Gaigher Bosio Campello, Yuri Nathan da Costa Lannes – Belo Horizonte: ESDH, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-383-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

1. Direito – Estudo e ensino (Graduação e Pós-graduação) – Brasil – Congressos nacionais. 2. Direito Constitucional. 3. Direito ambiental. 4. Direito Administrativo. 5. Direito Civil. 6. Direito Penal. 7. Direitos Humanos. 8. Direito Tributário. 9. Filosofia Jurídica. 10. Gênero. 11. Diversidade Sexual. I. Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito da FEPODI (1:2016 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

FEPODI
FEDERAÇÃO NACIONAL DOS PÓS-GRADUANDOS EM DIREITO

SEMINÁRIO NACIONAL DE FORMAÇÃO DE PESQUISADORES E INICIAÇÃO CIENTÍFICA EM DIREITO DA FEPODI

Apresentação

É com imensa satisfação que a Escola Superior Dom Helder Câmara e a Federação Nacional dos Pós-graduandos em Direito – FEPODI apresentam à comunidade científica os Anais do Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito. Tal produção resulta do exitoso evento sediado nas dependências da Escola Superior Dom Helder Câmara, em Belo Horizonte-MG, nos dias 10 e 11 de outubro de 2016, que contou com o valioso apoio do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI e da Associação Brasileira de Ensino do Direito – ABEDi.

Trata-se de obra coletiva composta por 263 (duzentos e sessenta e três) resumos expandidos apresentados no seminário e que atingiram nota mínima de aprovação dentre os 318 (trezentos e dezoito) trabalhos submetidos ao evento. As comunicações científicas estão organizadas em 21 (vinte e um) Grupos de Trabalho ligados a diversas áreas do direito, inseridos num ambiente de ricos debates e profundas trocas de experiências entre os representantes das mais diversas localidades do Brasil.

Os referidos Grupos de Trabalho contaram, ainda, com a contribuição de proeminentes docentes ligados a renomadas instituições de ensino superior do país, os quais indicaram os caminhos para o aperfeiçoamento dos trabalhos dos autores, afim de que eles estejam aptos, após desenvolvimento, a serem publicados posteriormente nos periódicos jurídicos nacionais.

Neste prisma, os presentes anais, de inegável valor científico, já demonstram uma contribuição para a pesquisa no Direito e asseguram o cumprimento dos objetivos principais do evento de fomentar o aprofundamento da relação entre pós-graduação e graduação em Direito no Brasil, bem como de desenvolver os pesquisadores em Direito participantes do evento por meio de atividades de formação em metodologias científicas aplicadas.

Uma boa leitura a todos!

Beatriz Souza Costa

Lívia Gaigher Bosio Campello

Yuri Nathan da Costa Lannes

Coordenadores Gerais do Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito.

TRANSMUTAÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA DA POSSE DECORRENTE DE MODULAÇÃO DE EFEITO DE SENTENÇA DECLARATÓRIA DE VÍCIO POSSESSÓRIO EM RAZÃO DE NULIDADE DE TESTAMENTO

TRANSMUTATION OF CLASSIFACTARY NATURE OF POSSESION RESULTATED IN THE EFECT MODULATION OF DE DECLARATORY COURT SENTENCE ATESTING DEFFECT ON POSSESION CAUSED BY NULITY OF WILL

Henrique Perlatto Moura [1]

Resumo

A posse possui natureza fática, assim sendo, não poderia ser modulada por sentença declaratória de vício de instrumento retroagindo à data da citação, gerando uma presunção absoluta de má fé, sendo, porém, modulado desta forma no direito positivo brasileiro. Através da análise de doutrina e lastreado no sistema de precedentes será tecida a análise crítica do problema supra, tendo como paradigma a análise de nulidade de testamento.

Palavras-chave: Posse, Má fé, Natureza jurídica, Testamento

Abstract/Resumen/Résumé

Possession has factual nature, therefore it shouldn't be modulated by declaratory sentence certifying a flaw in the transfer settlement, generating an absolute presumption of bad faith, however, it has been modulated this way in Brazilian law. Through the doctrine of analysis and backed in the precedent system will be formulated an critical analysis of the problem described above, taking as a paradigm a testament of nullity analysis.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Possession, Bad faith, Legal nature, Testament

[1] Graduando em Direito pela Faculdade Milton Campos, bolsista FAPEMIG.

1 - INTRODUÇÃO

A posse é um instituto fático que, ao ser interpretado pelo direito, gera consequências jurídicas diversas. Assim, diferentemente da ficção jurídica da propriedade, a posse não é criada pelo direito, e sim interpretada por este. Tal fato faz com que o instituto em tela deva ser interpretado com uma cautela peculiar que acarretará em uma aplicação das normas jurídicas de maneira diferenciada.

A sentença declaratória, no processo brasileiro, possui efeitos moduladores que a fazem retroagir até a data da citação e, em sendo uma norma de natureza pública e processual deve ser aplicada no curso do processo. A aplicação de uma norma jurídica, como essa, pode gerar prejuízos de natureza para um possuidor de boa fé. O motivo? Caso seja anulado um negócio jurídico que garantiu a posse para um determinado sujeito, cuja causa de nulidade seja desconhecida pelo mesmo, a sentença que o anula tem caráter declaratório e, com isso, retroage até a data da citação.

No caso do testamento essa controvérsia toma um vulto maior do que nos demais negócios, tendo em vista que o testamento é um negócio jurídico unilateral, que gera efeitos para terceiros que não participaram da relação jurídica travada, podendo ser atestada uma nulidade por diversos requisitos, sejam eles extrínsecos ou intrínsecos, que independeriam da participação do herdeiro parcial que se tornará possuidor e proprietário.

A doutrina mais antiga, escrita sob a égide do Código Civil de 1916, dispôs acerca dessa questão questionando qual seria o melhor momento para que um possuidor perca o status de sua posse caso esta venha a ser questionada em juízo, elencando alguns elementos que costumeiramente eram fixados à data para conversão da posse, como propositura de ação questionando a validade da posse, citação para a referida ação ou da contestação. Os autores, entretanto, vão além, informando que a posse pode perder seu status de boa fé sem mesmo ocorrer questionamento judicial, como pode sobreviver a este. Assim, entendia-se que, para os efeitos específicos da posse, o procedimento judicial se figura de suma importância, pois o possuidor de má-fé será obrigado a restituir os frutos auferidos no período de sua posse. Porém, em decorrência da retrocessão dos efeitos da sentença, será o vencido, mesmo que não perdido a boa fé com a citação, obrigado a restituir os frutos a contar dessa. A conclusão destes é de que independe do momento da transformação da posse, portanto para que ocorra o

dever de ressarcimento. Por fim, elenca que o exato momento para fins de conversão ainda é motivo de controvérsia para os doutrinadores, alguns entendendo pela citação, outros da contestação, sendo, porém, o melhor dos critérios, a análise de que a boa fé cessa quando as circunstâncias se fazem presumir que o autor não mais ignora que possui indevidamente.

A doutrina atual, porém, redigida sob a influência do Código Civil de 2002, não mais traça as distinções tão elaboradas com relação ao termo inicial para o enquadramento do possuidor na respectiva qualificação de boa ou má fé, tendo perdido muito do peso que possuia anteriormente esta discussão e, com isso, muito em termos de qualidade argumentativa. Assim, as correntes majoritárias vem entendendo pela aplicação cega dos institutos processuais, não elaborando as possíveis consequências nefastas de sua aplicação.

Vozes dissidentes e minoritárias, entretanto, informam que a posse só poderia ter o seu caráter alterado no caso de o possuidor demonstrar que não mais a possui de boa fé, informando que a jurisprudência entende que a citação teria o condão de informar ao possuidor do vício de sua posse. Excetuam, porém, que esta regra não deve ser tida como absoluta, tendo em vista que, por vezes, a citação pode trazer fortes elementos de convicção, que deveriam ser levados em conta pelo julgador ao qualificar a posse. Nestes termos, parece inverter o ônus da prova para o possuidor que, via de regra, quando citado, passe a ter em xeque sua posse sem que seja provado o elemento volitivo do mesmo, ficando a seu cargo o ônus de provar que desconhecia do vício elencado na inicial. A produção de tal prova tida como diabólica, sendo uma prova negativa atribuída ao possuidor, gera uma inversão da lógica da presunção da boa fé, tão cara para o direito civil.

De ambos os posicionamentos extraem-se consequências perigosas para a segurança jurídica do possuidor, podendo extrair dois posicionamentos hoje aplicáveis: (I) A aplicação da modulação independente da forma material, considerando somente os Institutos de Direito Processual Civil atrelados a sentença declaratória, utiilzando como marco temporal a data da citação válida; (II) A aplicação dos institutos de Direito Civil, com a consideração do elemento volitivo para a qualificação da posse e assim definir o marco temporal adequado a depender dos elementos probatórios constantes no processo judicial.

Assim, dessas duas correntes depreendem-se considerações diversas, sendo a primeira uma aplicação em descompasso com o instituto da posse, tendo em vista o atropelamento dos conceitos basilares para definição de posse e gerando ônus fáticos gravosos para possuidores que, mesmo desconhecendo o vício, passam a ser tidos, por força judicial, como possuidores

de má fé que retrocederia e abarcaria um período no qual já existia o exercício de posse de boa fé. A segunda, já menos gravosa, considera a citação como meio falível para a alteração da classificação jurídica da posse, facultando ao julgador que entenda a citação ainda como elemento não vinculativo para balização da classificação discutida. Entendemos, porém, que esse segundo argumento peca pela discricionariedade, tendo em vista que fica a cargo do julgador a definição do marco legal, removendo assim toda a segurança jurídica possibilitada pela posse de boa fé, não resguardando qualquer amparo legal, surgindo por opinião doutrinária.

2 - OBJETIVOS E METODOLOGIA

Considerando a natureza do instituto supracitado, bem como as controvérsias levantadas, indaga-se: Poderia uma sentença judicial com efeitos moduladores alterar a classificação jurídica de uma posse que já ocorreu? E, caso positivo, poderia a citação se configurar como elemento volitivo para que o sujeito possuidor tome ciência do vício de sua posse? Com base nessas perguntas, objetivou-se demonstrar que o tratamento conferido pela jurisprudência acerca do tema pode causar prejuízo para o possuidor de boa-fé herdeiro testamentária. Ademais, objetivou-se também o levantamento de doutrinas atuais e históricas.

Com o intuito de demonstrar o descompasso da evolução histórica do instituto e a sua subversão ao direito processual foram levantadas doutrinas históricas, atentando-se para os mais influentes doutrinadores à época da redação e vigência do Código Civil de 1916, os comparando com as doutrinas modernas, já escritas atentando-se para o Código de 2002.

Ademais, objetivou-se verificar a aplicação da modulação da posse via sentença judicial por parte de julgados, tendo sido feito um levantamento jurisprudencial para verificação das ratio decidendi desses.

Por fim, objetivou-se tecer a correlação dos julgados levantados e compará-los com a doutrina atualmente consolidada, atestando a consonância entre doutrina e jurisprudência.

3 - DESENVOLVIMENTO

A análise do instituto da sentença declaratória evidenciou que não é uma faculdade do juiz, em sede de julgamento, prolatar uma sentença declaratória alterando a espécie de

modulação. As excludentes de interpretação estão todas constantes em prescrições legais, todas vinculadas. Os doutrinadores entendem que a opção da modulação não está no poder judiciário enquanto interpretador da norma, mas sim nas casas legislativas, enquanto editores desta, optando pelo afastamento da modulação em momento originário da norma. A sentença que atesta a existência de nulidade em um instrumento qualquer, em particular o testamento, tem natureza declaratória, em não tendo sido ela a criadora do vício, tendo o condão apenas de evidenciar a nulidade e reconhecer a nulidade.

Nestes termos, reconhecendo a nulidade, o magistrado tenta desfazer os efeitos gerados pela sentença, tendo em vista que esta nunca foi apta para gerar efeitos. O grande problema dessa interpretação é a impossibilidade de uma sentença gerar efeitos modulando uma posse já exercida, não respeitando propriamente a natureza fática da posse – sendo decorrente desta característica a grande importância que se dá para a interpretação da realidade do exercício.

Uma análise, posterior à compreensão processual, mais aprofundada da doutrina histórica pátria acerca do tema em questão da posse notou-se a importância dada para a discussão em comento e a valoração das características constantes no conceito de posse de boa fé, que seria o exercício *convitio domini,* do possuidor que realmente acredita ser o proprietário da coisa possuída. Neste sentido começam as discussões acerca dos marcos temporais de alteração, estes não pacíficos, sendo controvertido se seriam contados da contestação ou da sentença, mas não constavam a citação.

Ocorre que houve uma alteração significativa desta construção, mudando o foco de elementos volitivos para elementos objetivos, com a clara tentativa de atribuir a este instituto mais segurança jurídica, vedando a possibilidade de ocorrerem arbítrios por parte dos julgadores com relação a esta temática.

Neste diapasão um dos argumentos levantados entende-se que apenas a citação judicial teria força probante para alterar a classificação da posse, não sendo os meios extrajudiciais, tais como a notificação cartorial, privilegiando as vias judiciais em detrimento dos demais. Tal posicionamento soa incompatível com a real capacidade de uma citação judicial, sem que seja discutido mérito no processo, quando analisado sob a ótica dos princípios do Código de Processo Civil, que atribuiu muita força aos métodos autocompositivos e extrajudiciais. Parece haver um descompasso na aplicação dos princípios

norteadores do processo com essa opção, uma vez que o juiz ainda não decidiu acerca da existência ou não da nulidade em tela.

Outro posicionamento interessante seria o que entende como justo título aquele que, mesmo quando viciado, assegure ao indivíduo a crença para com a idoneidade de sua posse. Este sim, já em consonância com o instituto da posse, nos parece mais razoável um título proteger o possuidor até que este tome ciência do vício e quebre a sua convicção de sua posse de boa fé.

Em contrapartida, a jurisprudência levantada não caminha neste sentido. A tendente interpretação dos julgadores brasileiros, em parcos julgados - tendo em vista que o assunto é de uma especificidade ímpar - acabaram por entender pela retrocessão da sentença declaratória à data da citação, a valer do instituto processual. Foi evidenciada uma clara violação das garantias possessórias de um possuidor, portanto, que munido da força de um instrumento de testamento, teve sua ciência sido dada de forma ficta e com efeitos ex tunc, o deixando completamente vulnerável.

4 - CONCLUSÃO

Uma possível solução para a problema explanado seria a mudança do foco de interpretação desta sentença, considerando elementos diversos que, quando somados ao efeito declaratório, realmente traria justiça e congruência para o possuidor, este que se viu removido de sua proteção possessória. Solução essa seria o enquadramento desta decisão como uma sentença declaratória com efeitos constitutivos. Esta modalidade abarca a possibilidade da declaração de um vício no testamento, sendo tido este como sempre nulo para os efeitos, respeitando, porém, a boa fé do possuidor que entendia possuir justo título, gerando efeitos constitutivos para fins de marco inicial de ciência do vício, considerado possuidor de má fé a contar desta data.

5 - BIBLIOGRAFIA

BEVILAQUA, Clóvis. **Codigo Civil dos Estados Unidos do Brasil**. 2. Ed. V. 6. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1932

BEVILAQUA, Clóvis. **Codigo Civil dos Estados Unidos do Brasil**. 6. Ed. V. 6. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1932

CATEB, Salomão de Araújo. Direito das Sucessões. Ed. 5. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, Orlando. Direitos Reais. Ed. 2. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1962

GOMES, Orlando. Sucessões. Ed. 13. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. Direito das Successões. Ed. 2. Rio de Janeiro: Jornal do Comércio, 1929.

OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. Tratado de Direito das Sucessões. Ed. 4. V. 1. São Paulo: Max Limonad, 1952.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. Direito das Coisas. Ed. 10. Brasília: Senado Federal, 2004.

QUINTELLA, Felipe; DONIZETTI, Elpídeo, **Cuso de direito civil**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2014

RODRIGUES, Silvio. ***Direito Civil***. 27. Ed. V. 5. p. 31. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de Direito Civil. Ed. 12. Salvador: Juspodivm, 2016.