

Reintegração de posse - Casamento anterior -
Mera detenção - Posse que não se convalida -
Notificação - Esbulho - Benfeitorias - Ausência de
prova - Defensor dativo - Honorários

Ementa: Apelação cível. Reintegração de posse.
Casamento anterior. Mera detenção. Posse que não se

convalida. Notificação. Esbulho. Benfeitorias. Ausência de prova. Defensor dativo. Honorários.

- Advindo a posse sobre o bem de mera permissão do real possuidor e proprietário, que mantinha com a apelante relação matrimonial anteriormente, não é legítima a negativa de restituição da coisa, mormente não havendo direito a meação sobre o bem.

- Configurada a posse precária e o esbulho, haja vista o desatendimento à notificação para desocupação voluntária, encontram-se presentes os requisitos do art. 927 do CPC, sendo de direito a procedência do pedido de reintegração de posse.

- Ausente a prova de que, após a separação, a recorrente levantou benfeitorias no imóvel, descabida a retenção do bem a tal título.

- O defensor dativo, nomeado para a defesa em juízo de pessoa pobre, faz jus à fixação de honorários advocatícios, a serem custeados pelo Estado.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0245.10.009424-3/002 - Comarca de Santa Luzia - Apelante: Zeferina Ribeiro da Silva - Apelado: José Guilherme Soares - Relator: DES. ESTEVÃO LUCCHESI

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, em DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 20 de fevereiro de 2014. - Estevão Lucchesi - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ESTEVÃO LUCCHESI - Cuida-se de recurso de apelação, interposto por Zeferina Ribeiro da Silva, qualificada nos autos, contra sentença que julgou procedente em parte o pedido inicial da ação de reintegração de posse, manejada por José Guilherme Soares.

Em suas razões recursais, a apelante pretende a reforma da sentença, aduzindo que não resta provada a sua posse como injusta. Afirma ter sido casada com o apelado entre 1989 e 2007, sendo que, após a separação, permaneceu no imóvel juntamente com seus filhos. Argumenta que, durante sua permanência no imóvel, realizou diversas benfeitorias para a sua manutenção. Afirma que, durante o tempo em que foram casados, o autor/apelado alegava que o imóvel estava no nome de seus irmãos, mas a situação seria regularizada. Pugna, ainda, pela fixação de honorários, em razão da nomeação de defensor dativo para sua defesa em juízo, providência não observada pelo Juiz de primeiro grau.

Em contrarrazões, pugna o apelado pela manutenção da sentença hostilizada.

Dispensado o preparo recursal, por estar a apelante sob o pálio da gratuidade de justiça.

É o relatório.

Encontram-se presentes os requisitos de admissibilidade do recurso. Inexistindo questões prejudiciais a analisar, passa-se diretamente à questão de fundo.

Pretende a apelante a reforma da sentença que julgou procedente em parte o pedido de reintegração de posse manejado em seu desfavor pelos apelados.

Em que pese o esforço da recorrente, não vislumbro razões para reformar a bem-lançada sentença guerreada.

Conforme a dicção do art. 1.210 do Código Civil, *verbis*: "O possuidor tem direito a ser mantido na posse, em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado".

No caso dos autos, sustenta o apelado, em sua peça inicial, que está sendo vítima de esbulho por parte da ré/apelante. Assevera que, após o final do relacionamento do apelado com a apelante, esta continuou residindo no imóvel de propriedade da família do apelante, por mera liberalidade, a título de comodato, que perderia até quando o autor ou algum dos demais proprietários viesse a reivindicar a devolução do imóvel, conforme ajustado verbalmente e na própria ação de separação.

Diz que, mesmo notificada, a apelante continuou a residir no imóvel, configurando o esbulho possessório.

Sobre a reintegração de posse, vale transcrever o lúcido magistério dos professores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

É o remédio processual adequado à restituição da posse àquele que a tenha perdido em razão de um esbulho, sendo privado do poder físico sobre a coisa. A pretensão contida na ação de reintegração de posse é a reposição do possuidor à situação pregressa ao ato de exclusão da posse, recuperando o poder fático de ingerência socioeconômica sobre a coisa. Não é suficiente o incômodo e a perturbação; essencial é que a agressão provoque a perda da possibilidade de controle e atuação material no bem antes possuído. Na dicção do art. 926 do Código de Processo Civil, "o possuidor tem direito de ser mantido na posse no caso de turbação e reintegrado no de esbulho.

[...]

Frise-se que o esbulho não é apenas consequente a um ato de força ou ameaça contra a pessoa do possuidor ou de seus detentores. Seu espectro é mais amplo e abarca as situações em que a posse é subtraída por qualquer dos vícios objetivos, enumerados no art. 1.200 do Código Civil. Vale dizer: violência, precariedade e clandestinidade.

Portanto, há esbulho no ato daquele que, aproveitando-se da ausência do vizinho, arreda as divisas do imóvel, de modo a alterar-lhe os limites (clandestinidade). Também se vislumbra o esbulho na conduta de quem se recusa a restituir o imóvel após o término da relação contratual que conferiu a posse direta (precariedade). [...] (grifo nosso) (*Direitos reais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 122/123).

É de se ver, portanto, que, no esbulho, não basta a simples ameaça ou perturbação ao exercício da posse, é necessário que o possuidor perca, efetivamente, o poder físico sobre a coisa.

Não obstante a tese sustentada pela apelante, tenho que a solução adotada pelo Magistrado *a quo* foi acertada. É fato incontroverso nos autos que a posse da autora/recorrente sobre o imóvel objeto da lide é oriunda de comodato verbal. Nas lições de Caio Mário da Silva Pereira:

Comodato é o empréstimo gratuito de coisas não fungíveis (Código Civil, artigo 1.248) (atual artigo 579), isto é, aquele contrato pelo qual uma pessoa entrega a outra, gratuitamente, coisa não fungível, para que a utilize e depois restitua. Daí lhe advém o nome de empréstimo de uso, com que, desde o Direito Romano, se distingue do mútuo, chamado empréstimo de consumo (*Instituições de direito civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 3, p. 213).

Na hipótese ventilada, verifica-se, de forma cristalina, que a apelante passou a residir no imóvel de propriedade do apelado e seus irmãos, em razão do relacionamento afetivo mantido com o recorrido, lá permanecendo, após o fim da relação, por mera liberalidade dos proprietários.

Com efeito, conforme se depreende da própria narrativa exposta pela recorrente em suas razões recursais, a apelante, durante e depois de finda a relação matrimonial, sempre teve total conhecimento acerca do fato de que o imóvel não era de propriedade exclusiva de seu marido, ora apelado, mas sim em condomínio com seus irmãos, conforme se depreende do registro imobiliário de f. 20.

Doutro norte, a autorização para permanência da autora no imóvel, a título de comodato, constou do processo de separação do casal, conforme se constata da inicial reproduzida à f. 23 e do termo de homologação do acordo de separação (f. 26).

Assim, após o término da relação, a permanência da autora/apelante no imóvel se deu por uma exclusiva liberalidade do apelado, em função da união matrimonial anteriormente existente entre a recorrente e o recorrido. Dessa forma, é nítida a precariedade da posse mantida, uma vez que a situação fática nutrida em relação ao bem estava sujeita ao direito potestativo dos proprietários e reais possuidores.

Como cediço, a teor do disposto no art. 1.208 do Código Civil, os atos de mera liberalidade ou tolerância, bem como aqueles advindos de violência ou clandestinidade, enquanto essas não cessarem, são incapazes de induzir a posse.

Tatando-se de mera liberalidade, como já delineado, não pode o detentor se opor à desconstituição da situação fática por iniciativa do verdadeiro possuidor. No caso em comento, a intenção do apelado de ver restituída a posse efetiva sobre o bem foi manejada, de forma clara e direta, através da notificação judicial de f. 13-32.

Permanecendo a apelante na posse precária do imóvel, mesmo após instada a desocupá-lo, é nítida a configuração do esbulho possessório.

A respeito do vício de precariedade da posse, transcrevo:

Ínsito ao conceito de precariedade está o abuso de confiança daquele que detém (ou possui) a coisa para devolução posterior, mas não o faz oportunamente, conservando-a consigo de maneira indevida. Verifica-se, desse modo, que a posse precária tem origem no descumprimento de obrigação de restituir, seja a cargo de detentor ou possuidor. Daí em diante, caracteriza-se o possuidor em nome próprio e segundo seu exclusivo alvedrio, a título de precário. Basta lembrar as hipóteses em que o depositário, o locatário ou o comodatário se recusam a devolver a coisa depositada, com o desdobramento da posse (San Tiago Dantas, Programa, p. 62; Tito Fulgêncio, *Da posse*, p. 39). [...] (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MOARES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, v. 3, p. 453/454).

Dos já citados Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, colhe-se:

[...] comuns são os episódios em que, por relações de parentesco ou de vizinhança, o possuidor coloca a coisa à disposição de um usuário, sem que, entre ambos, forme-se um negócio jurídico.

Em comum na permissão e tolerância, formam-se relações jurídicas em que uma das partes exerce um poder sobre a situação jurídica outra, ensejando o chamado direito potestativo. A parte que se encontra em estado de submissão não poderá evitar que a outra, unilateralmente, desconstitua sua situação fática sobre a coisa. Assim, o usuário encontra-se em situação de poder transitório e efêmero sobre a coisa, inibindo eventual caracterização de posse. A situação de sujeição não se compatibiliza com a constituição de qualquer direito subjetivo, em face do objeto apreendido.

Assim, o espectador, ao assistir ao filme, jamais poderá ser chamado de possuidor da poltrona que ocupa. Sua qualidade de detentor é fruto do estado de transitoriedade na sujeição sobre a coisa, inexistindo o elemento de ingerência socioeconômica que caracteriza as situações possessórias.

Enquanto a permissão nasce da autorização expressa do verdadeiro possuidor para que terceiro utilize a coisa, a tolerância resulta de consentimento tácito ao seu uso, caracterizando-se ambas pela transitoriedade e pela faculdade de supressão do uso, a qualquer instante, pelo real possuidor, sem erigir proteção possessória ao usuário, conforme o disposto no art. 1.208 do Código Civil.

Consistindo a permissão apenas em atos jurídicos *stricto sensu* mandamentais, e não em negócios jurídicos, a qualquer tempo, o concedente poderá impor um procedimento pela outra parte, no sentido de desconstituir a detenção. Há um verdadeiro estado de sujeição, em que o permitente pode denunciar a situação jurídica do usuário [...] (ob. cit, p. 68/69).

Outro não é o entendimento do colendo Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

Apelação cível. Ação de reintegração de posse. Hipótese de comodato verbal. Notificação. Desocupação voluntária não

consumada. Configuração do esbulho. Requisitos comprovados. Procedência do pedido. - Os autores, na condição de comodantes, detêm a posse indireta do imóvel, a qual lhes permite agir contra a possuidora direta, ora apelante. Extinto o comodato através de notificação, a permanência no imóvel caracteriza esbulho, impondo-se a reintegração da posse em favor dos comodantes (TJMG - Apelação Cível nº 1.0145.09.552060-0/002, Rel.º Des.ª Hilda Teixeira da Costa, j. em 03.02.2011).

Ação de reintegração de posse. Pedido julgado procedente. Recurso que apenas ataca o cabimento da tutela possessória. Carência de ação, por ser o caso de ação petitória. Alegação afastada. Recurso parcialmente provido, apenas para conceder a gratuidade de justiça. - Se a tutela pleiteada pelo autor se funda na posse que tinha sobre o bem e no esbulho praticado pela requerida, cabível se mostra o ajuizamento de ação de reintegração de posse, sendo certo que eventual falta de prova da posse apenas poderia acarretar a improcedência do pedido, e nunca a extinção do processo, sem resolução do mérito. Cessada a convivência do casal, já restando reconhecido, em ação própria, que a ex-companheira não tem direito à meação do imóvel, nem à retenção pelo valor de eventuais benfeitorias (o que sequer foi pedido) e comprovada a realização de notificação prévia pelo ex-companheiro, colocando a ré em mora, evidenciado está o esbulho, não havendo falar em carência de ação. [...] (TJMG - Apelação Cível nº 1.0696.08.034721-9/002 em conexão com Apelação Cível nº 1.0696.08.035604-6/001, Rel. Des. Eduardo Andrade, j. em 12.04.2011.)

Possessória. Mera tolerância. Direito à reintegração na posse. - Cessada a convivência do casal e não reconhecida a propriedade ou a meação do imóvel em favor do apelante, a sua permanência no imóvel o é por mera tolerância. Assim, após notificação, têm direito os usufrutuários e os proprietários à reintegração na posse do bem. (TJMG - Apelação Cível nº 1.0701.06.162635-7/001 em conexão com Apelação Cível nº 1.0701.06.164397-2/001, Relator para o acórdão Des. Tiago Pinto, j. em 11.11.2010.)

Assim já decidiu esta douta Câmara:

Reintegração de posse. Mera detenção. Não se convalida a posse. Dever de devolução do imóvel. Procedência da reintegratória. - Merece ser indeferido o rol de testemunhas depositado fora do prazo. A proprietária de imóvel em comodato ostenta legitimidade para demandar a reintegração de posse. Quando a parte exerce a posse, ciente de que se trata de mero ato de tolerância, não pode se negar a devolver o imóvel quando o proprietário o requerer. Presentes os pressupostos do art. 927 do CPC, impõe-se a procedência da reintegração de posse (TJMG. Apelação Cível nº 1.0024.03.970514-0/001, Rel. Des. Valdez Leite Machado, j. em 23.11.2006).

Apelação cível. Ação de reintegração de posse. Comodato. Notificação. Esbulho. Configuração. Usucapião como matéria de defesa. Impossibilidade. Indenização. - Comprovados os requisitos previstos pelo art. 927 do Código de Processo Civil, a proteção possessória deve ser reconhecida. A negativa do comodatário em desocupar o imóvel emprestado, após ter sido notificado da extinção do comodato, caracteriza esbulho, credenciando o comodante a ser reintegrado na posse do bem. A posse do comodatário é inválida para gerar direito à prescrição aquisitiva, pois, tratando-se de comodato, não há falar em usucapião, por completa ausência de *animus domini*. Se, após a produção da prova pericial

para a avaliação do imóvel, a parte junta ao feito avaliação particular constando valor a menor, este último é que deve prevalecer (TJMG - Apelação Cível nº 1.0024.05.581619-3/001, Rel. Des. Rogério Medeiros, j. em 11.09.2008).

Dessa sorte, restando configurada a posse precária sobre o imóvel objeto da lide e o esbulho, haja vista a permanência da apelante mesmo após notificada a desocupá-lo, foi de inteiro acerto a sentença de primeiro grau, ao restituir ao apelado a posse direta do bem.

No que concerne às alegadas benfeitorias, em que pese o direito de retenção, como meio de defesa do possuidor de boa-fé, para o recebimento da indenização que lhe seria devida, nada há nos autos a corroborar, com segurança, a tese de que a recorrida realmente levantou benfeitorias no bem após o término de seu casamento com o recorrente.

Nessa quadra, não se pode olvidar ser daquele que alega o ônus de comprovar suas afirmações. Lecionando acerca do tema, Nelson Nery Júnior nos esclarece que:

A palavra vem do latim, *onus*, que significa carga, farda, peso, gravame.

Regra geral. Segundo a regra estatuída por Paulo, compilada por Justiniano, a prova incumbe a quem afirma e não a quem nega a existência de um fato (Dig. XXII, 3, 2). O autor precisa demonstrar em juízo a existência do ato ou fato por ele descrito na inicial como ensejar de seu direito (NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil comentado*, p. 635/636).

Ressalte-se, ainda, inexistir obrigação de produzir provas, motivo pelo qual o supracitado jurista nos ensina ser o ônus da prova um encargo ao qual corresponde uma posição de desvantagem, e não uma obrigação, senão vejamos:

Não existe obrigação que corresponda ao descumprimento do ônus. O não atendimento do ônus de provar coloca a parte em desvantajosa posição para a obtenção do ganho de causa (obra citada, p. 636).

E o escólio do renomado jurista Fredie Didier Jr. não discrepa, razão pela qual o fato não comprovado deve ser tido como inexistente:

Ônus é o encargo atribuído à parte e jamais uma obrigação. [...]

A expressão 'ônus da prova' sintetiza o problema de se saber quem responderá pela ausência de prova de determinado fato. Não se trata de regras que distribuem tarefas processuais; as regras de ônus da prova ajudam o magistrado na hora de decidir, quando não houver prova do fato que tem que ser examinado. Trata-se, pois, de regras de julgamento e de aplicação subsidiária, *porquanto somente incidam se não houver prova do fato probando, que se reputa como não ocorrido* (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Editora JusPodivm, 2007, v. 2, p. 55) (grifamos).

Nesse caminhar de ideias, deve a lide ser decidida em desfavor daquele que tinha obrigação de comprovar suas assertivas, entretanto não o fez:

O ônus da prova é regra de juízo, isto é, de julgamento, cabendo ao juiz, quando da prolação da sentença, preferir julgamento contrário àquele que tinha o ônus da prova e dele não se desincumbiu (NERY JÚNIOR, Nelson. Obra citada, p. 635).

Por derradeiro, razão assiste à apelante, na questão atinente aos honorários de seu defensor dativo.

Com efeito, não se pode deixar de fixar os honorários devidos ao advogado dativo que representou a apelante desde a primeira audiência designada no feito (f. 38). Nesse ponto, dispõe o art. 1º da Lei nº 13.166 de 20.01.99 que:

Art. 1º O advogado que não for Defensor Público, quando nomeado para defender réu pobre em processo civil ou criminal, terá os honorários pagos pelo Estado, na forma estabelecida nesta Lei.

§ 1º Os honorários a que se refere este artigo serão fixados pelo Juiz na sentença, de acordo com tabela elaborada pelo Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de Minas Gerais - OAB-MG.

Nessa quadra, sabe-se que a tabela da OAB não vincula o julgador, servindo tão somente como parâmetro. Nesse sentido, é a orientação deste Tribunal de Justiça mineiro:

Apelação. Busca e apreensão. Bem em péssimo estado de conservação. Conversão em depósito. Possibilidade. Nomeação de advogado dativo. Honorários. Tabela da OAB-MG. Não vinculativa. Parâmetros processuais. Observância. [...] - O direito à remuneração do advogado dativo que atuou na defesa de pessoa carente, em razão de impossibilidade da Defensoria Pública, encontra previsão legal no art. 272 da Constituição Mineira e Lei Estadual nº 13.166/99, bem como no art. 22, § 1º, do Estatuto do Advogado, e, ainda, no art. 5º, LXXIV, da CR/88. - Para a fixação dos honorários advocatícios do advogado dativo, o magistrado não está obrigado a observar a Tabela da OAB, devendo levar em consideração os parâmetros estabelecidos no art. 20 do CPC (TJMG. Apelação Cível 1.0694.09.055689-5/001. Des. Marcos Lincoln, j. em 16.11.2011).

Dessarte, devem os honorários ser fixados de forma equitativa no presente feito, em atenção ao trabalho desempenhado pelo defensor dativo. A nosso aviso, a quantia de R\$1.000,00 (mil reais), mostra-se suficiente para remunerar o trabalho desempenhado, estando condizente com os valores preconizados na Tabela de Honorários de Advogados Dativos instituída pela Resolução-Conjunta TJMG/AGE/OAB 001/2013.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso, única e exclusivamente, para fixar em R\$1.000,00 (mil reais) os honorários em favor do defensor dativo nomeado para defesa da apelante nos autos, a serem custeados pelo Estado, na forma da lei. No restante, mantenho inalterada a sentença guerreada.

Considerando não ter o autor/apelado decaído de sua pretensão, as custas recursais ficam inteiramente a

cargo da apelante, observado o disposto no art. 12 da Lei 1.060/50.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MARCO AURÉLIO FERENZINI e VALDEZ LEITE MACHADO.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

...