

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO
EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

ALANA ARMELIATO MACHADO

POSSE E TUTELA POSSESSÓRIA

CUIABÁ - MT

2010

ALANA ARMELIATO MACHADO

POSSE E TUTELA POSSESSÓRIA

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil, no Curso de Pós-Graduação em Direito Processual Civil, do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

ORIENTADOR:

CUIABÁ – MT

2010

ALANA ARMELIATO MACHADO

POSSE E TUTELA POSSESSÓRIA

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil, no Curso de Pós- Graduação em Direito Processual Civil, do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em __/__/__, com menção____(_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

RESUMO

A monografia que tem como tema, Posse e Tutela Possessória, que aborda de forma extremamente específica e minuciosa todos os pontos necessários para um estudo aprofundado. Primeiramente se deve ter conhecimentos básicos quanto à posse e a propriedade, para que assim se possam iniciar os estudos, pois tratam-se de requisitos indispensáveis para o melhor entendimento do assunto aqui estudado: a posse é expressa através dos poderes que o possuidor exercita de modo efetivo, real, concreto e fático, já na propriedade, o proprietário é titular de direitos. Para que a posse se possa ter como caracterizada, não se põe suficiente que o possuidor tenha em seu poder uma coisa que seja hábil a ser objeto dela. O ter a coisa sob seu poder é pressuposto básico e necessário para a posse. Não é, porém, suficiente para caracterizar uma situação fática de posse, é preciso, além disso, que o possuidor dela também esteja fazendo efetivo uso e ou esteja no seu efetivo gozo ou fruição, para assim se materializar e se exteriorizar a posse. O usar de alguma coisa pressupõe o possuir a coisa: só é possível alguém usar de uma coisa quando essa coisa esteja em seu poder. O gozar ou o fruir de uma coisa, por igual, pressupõe a posse e ao mesmo tempo constituem-se em atos ou condutas que servem para tornar concreta a posse no mundo da realidade fática. Para tutelar essa posse é necessário utilizar-se dos interditos possessórios, os quais são: A ação de reintegração na posse, que busca dar uma resposta mais efetiva à ocorrência de ofensa mais grave (= de maior intensidade) que pode ser perpetrada frente ao possuidor, isso que ela pressupõe a perda da posse por parte deste, por ato imputável ao ofensor, permite ao ofendido recuperar sua posse, restaurando a situação fática, anteriormente existente. A privação da posse por ato de terceiro recebe a denominação jurídica de esbulho. Já na ação de manutenção na posse a posse de alguém pode experimentar atos de parte de terceiro que não importem a perda da posse quanto à coisa possuída, mas simplesmente atuem como forma de tolher o livre e pleno exercício dos poderes possessórios, ou de causar incômodos ou dificuldades ao possuidor em seu exercício, essa ação busca manter o possuidor no livre e pleno exercício da posse, portanto, o objetivo é de garantir a permanência do mesmo estado de fato ou de assegurar a continuidade da posse, afastando ou pondo cobro aos atos turbadores ou perturbadores dela. Quanto a tutela possessória, via interdito proibitório, supõe a existência de uma ameaça de moléstia ou ofensa à posse de alguém, isso provindo de terceiro, mas é preciso que a ameaça se revista de tais características que sejam capazes de incutir, no espírito do possuidor, um justo receio quanto à sua seriedade no sentido de efetivamente se concretizar.

Palavras-Chaves: Posse – Tutelas Possessórias – Reintegração na Posse – Manutenção na Posse – Interditos Proibitórios.

ABSTRACT

The monograph, titled, Ownership and Trusteeship possession, which is dealt with very specific and detailed all the points necessary for a thorough study. First you must have basic knowledge about the possession and ownership, so that they may start their studies, because they are requirements essential to a better understanding of the subject studied here: the ownership is expressed through the powers that the holder exercises so effective, real, concrete and factual, since the property, the owner is entitled to rights. For the possession we can have as serious, do not put enough that the owner has in his possession a thing that is able to be the object of it. The have the thing in his power basic assumption and is required for possession. But it is not sufficient to characterize a situation of factual ownership, it is also necessary that the possessor of it is also making effective use of or is in its effective enjoyment or enjoyment, in order to materialize and externalize ownership. The use of something presupposes own thing: You can use someone of something when that thing is in your power. The enjoy or enjoy something, equally, requires the possession and at the same time are based on acts or conduct that serve to make practical ownership in the world of factual reality. To protect such possession is necessary to use the possessory interdicts, which are: The action of re-held, to bring a more effective response to the occurrence of more serious offense (= higher intensity) that can be perpetrated against the owner, that it presupposes the loss of possession by the latter, by an act imputable to the offender, the offended party to recover possession by restoring the factual situation, which previously existed. Deprivation of possession by the third act it is called law of trespass. Already in the maintenance action held by the possession of someone may experience acts of third part of that do not import the loss of possession and the thing possessed, but simply act as a way to stifle the free and full exercise of the powers possessory, or cause nuisances difficulties or the possessor in pursuit, the suit seeks manutener the possessor of free and full exercise of ownership, so the goal is to ensure continuity of the state or fact of continuity of possession, setting aside or putting an end to acts turbador or disturbing it. As the responsibility for possession, through interdiction, presupposes the existence of a threat of disease or injury to the possession of someone, that coming from third, but it takes the threat is of such features which are able to instill the spirit of the possessor, a fear as to its seriousness in the sense of actually being realized.

Keywords: Posse - Guardianship possessor - Reintegration in Possession - Maintenance in Possession - interdiction.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1. DIFERENÇA ENTRE DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL PARA A TUTELA POSSESSÓRIA.....	09
1.1. Da Posse.....	10
1.2. A Posse e suas Teorias.....	10
1.3. Noção de Posse e sua Abrangência.....	12
1.4. A Posse como uma sinal de exteriorização da Propriedade.....	13
1.5. Modos de Aquisição da Posse.....	19
1.5.1. Modo de Aquisição Originário	19
1.5.2. Modo de Aquisição Derivado	20
1.6. Quando é cabível invocar a Tutela Possessória.....	24
1.7. Bens suscetíveis de Tutela Possessória.....	24
1.8. Efeitos Jurídicos da Posse.....	32
2. INTRODUÇÃO A TUTELA POSSESSÓRIA.....	36
2.1. Quando é cabível a Tutela Possessória.....	37
2.2. Tipos de Tutela Possessória.....	41
3. REINTEGRAÇÃO DE POSSE.....	44

4. MANUTENÇÃO DE POSSE.....	52
5. INTERDITO PROIBITÓRIO	53
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	56
7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	57

INTRODUÇÃO

No presente estudo, será necessário em um primeiro momento, demonstrar o que se deve entender como posse, o que há de ser buscado, fundamentalmente no âmbito do direito material; em um segundo momento, mostra-se necessário examinar como foi definido o modo de exercer a tutela possessória, o que está mais diretamente relacionado com a sua estrutura procedimental, definida no direito processual; e, em um terceiro momento, ver como esses dois momentos, anteriormente aludidos, se inter-relacionam, se completam e se complementam.

Até mesmo para não haver nenhum contraditório, a referência quanto à posse – direito material – e as tutelas possessórias – direito processual – serão feitas em diversos momentos nesta análise somente para fins didáticos, para facilitar a compreensão definindo-se conceitos básicos da matéria aqui tratada.

Em momento algum, apesar da referência aos três momentos, iremos perder a visão unitária, de conjunto e de interdependência da questão da posse e da sua tutela. No decorrer da exposição, poderemos perceber, de forma clara, a estreita ligação que se procurará estabelecer entre os três momentos referidos, de modo a mostrar a mencionada correlação. Além disso, iremos fazer uma análise contextual da posse, isso a partir da sua concretude prática, de modo que a ciência do direito seja situada tanto no plano da ordenação jurídica quanto no plano da realidade social, econômica e política em que ela se dá e se realiza efetivamente, ponderando, ainda, que a ela não se mostram indiferentes critérios de natureza valorativa, principalmente de cunho moral, presentes na conduta das pessoas, no trato das suas relações e no exercício de seus direitos, faculdades e poderes.

Será importante também, analisarmos ainda, que o direito, sistematicamente, se constitui em uma totalidade, o que não admite que se o veja e analise por partes fragmentadas. Antes, isso leva, necessariamente, a que se proceda a sua análise tendo em vista um determinado contexto – social, político, econômico e jurídico -, e que mesmo as normas constitucionais devam ser consideradas.

Contudo, após avaliarmos os aspectos conceituais da posse, passaremos a analisar o seu efeito pelos tipos de tutelas existentes, as quais fazem parte: a

Reintegração de Posse, a Manutenção na Posse e o Interdito Possessório, conceituando e caracterizando cada uma delas.

1. DIFERENÇA ENTRE DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL PARA A TUTELA POSSESSÓRIA

A tutela possessória somente pode ser compreendida, em toda sua extensão e abrangência, quando antes se tiver uma exata idéia quanto à forma pela qual o legislador civil tratou de acolher e de estruturar a posse. Aliás, é no âmbito dos procedimentos especiais que mais se dá e se revela a interdependência e a interpelação que há entre o direito processual e o direito material. Não é possível, a não ser se fizermos uma exposição abstrata, discorrer sobre procedimentos especiais sem promover a sua ligação com o direito material, ou sem fazer a sua exposição a partir deste.

Se o direito material – definidor das situações jurídicas e da sua eficácia - e o direito processual – definidor das formas e dos modos de exercer os direitos, ações, pretensões e exceções – andam juntos, a desvinculação de ambos na explanação a respeito dos procedimentos especiais, e dentre eles, de forma particular, aquele procedimento que trata da tutela possessória, se mostra totalmente descabida e inconcebível. Ademais, o ensino e a exposição sistemática do direito material e do direito processual, ou deste e daquele, reclamam, para serem efetivos, que seja feita, de forma constante, a interligação entre ambos, de modo a mostrar que aqueles se completam e se necessitam mutuamente.

Pensar e agir de modo diverso significa separar o que é inseparável, servindo ainda para fazer simples ciência abstrata em uma ciência que naturalmente busca e aspira a sua utilidade prática, pois a posse é o que está sendo exercido pelo possuidor e o que este de fato vivencia a situação fática ao produzir, morar, plantar, colher, entre tantas outras atividades exercidas quando se tem a posse de algum pedaço de terra.

Um exemplo claro de abstração da própria realidade do caso concreto é a decisão judicial, que afeta o mundo prático ao querer transportar o fato de existir a posse num direito a ser protegido sentencialmente, quando for necessário apelar para sua tutela judicial. Neste caso o que é importante para a decisão judicial abstrata transformar a situação em um direito concreto e real? Será preciso averiguar a solução justa da lide no caso concreto, provocando uma inversão dos

valores que demonstram a conduta dos seres que convivem naquela situação concreta de possuir.

Portanto, no Direito Civil, em uma primeira conclusão, pode-se dizer que, a posse, mera situação de fato, vai ser protegida pelo legislador, antes que se tenha uma situação de direito já definida, ou seja, independente de haver efetivo domínio sobre a coisa, aquele que estiver exercendo a posse será presumidamente protegido por quaisquer formas de tutela possessória, quando assim necessitar de tal procedimento.

1.1. Posse

A posse tem sua noção, estrutura e eficácia estabelecidas no direito material, por ser ali a seara própria e adequada para seu tratamento, bem como a previsão da eficácia que ela é capaz de produzir no mundo jurídico.

Apesar de conhecida a divergência que existe na explicação e justificação da posse nos sistemas jurídicos, bem como na doutrina, tornando uma tarefa árdua a sua conceituação, entretanto, dentre as várias teorias que se dispõem a definir a posse, um ponto fundamental, é o entendimento unânime da doutrina da discussão que gira em torno da configuração jurídica de dois elementos da posse: *corpus* e *animus*.

Ademais, analisaremos o seu conceito conforme as teorias existentes a seu respeito.

1.2. A posse e suas teorias

É conhecida a divergência que existe na explicação e justificação da posse nos sistemas jurídicos, bem como na doutrina, onde se encontram a teoria

subjetivista, que é sustentada por Savigny, e a teoria objetiva, que encontra o seu amparo em Ihering.¹

A teoria subjetiva faz decorrer a posse da conjugação de dois elementos: o *corpus*, a indicar a coisa sobre a qual a pessoa do possuidor exerce um poder direto, e o *animus*, que representa ou exterioriza a vontade de o possuidor ter a coisa como sua, ou seja, para que se possa ter a pessoa como possuidora, além da detenção da coisa (= *corpus*) é preciso que ela também se sinta como dono da coisa, agindo como se fosse dono dela ou à maneira dos que agem sobre coisa que tenham como sua.

Já a teoria objetiva, conquanto também sustenta, para a caracterização da posse, necessário o *corpus*, tem o poder exercido pelo possuidor sobre a coisa como englobando o *animus*, este entendido no sentido de tomar a coisa para si, de modo a usar e fruir dela.

Esclarecendo a teoria objetiva, Orlando Gomes afirma que a idéia central de Ihering pode ser resumida na idéia de que: “Só existe posse onde pode haver propriedade. O que importa é o uso econômico, a destinação das coisas, a forma econômica de sua relação exterior com a pessoa”.²

Concluindo, a adoção de critério da destinação econômica facilita reconhecer a existência da posse, mesmo que não se tenha a menor idéia de sua noção jurídica.

O Ilustre Doutrinador, Silvio Rodrigues, ao explicar a teoria objetiva, descreveu:

Posse não significa apenas detenção da coisa; ela se revela na maneira como o proprietário age em face da coisa, tendo em vista sua função econômica, pois o *animus* nada mais é que o propósito de servir-se da coisa como proprietário.³

Não cabe, no âmbito deste estudo e tendo em vista o seu objetivo, aqui discutir uma e outra das teorias. O que se impõe para o alcançarmos os objetivos apresentados nessa monografia é verificar como o legislador civil tratou de estruturar e disciplinar a posse no direito brasileiro, e somente depois de examinar os diversos meios de defesa que o legislador definiu como sendo de natureza nitidamente

¹ RODRIGUES, Silvio. Direito das Coisas. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v.5, p.18.

² GOMES, Orlando. Direitos Reais. 17 ed. São Paulo: Forense, 2003, n. 11, p. 21.

³ RODRIGUES, Silvio. op. cit., p. 18.

possessória, as condições para o seu exercício e sua abrangência, isso tanto em nível de direito substancial quanto de direito processual.

1.3. Noção de posse e sua abrangência

O código civil adotou, quando tratou de acolher e de disciplinar a posse, a teoria objetiva, tendo-a como aquela que melhor exprime a idéia de posse. E andou bem nesse passo, isso que a teoria objetiva traduz a excelência normativa que atenta ao senso comum que orienta a conduta das pessoas em seu relacionamento intersubjetivo, bem como ao comportamento normal das pessoas quando exercem o poder sobre algo ou alguma coisa, afastando criações abstratas e/ou artificiais que apenas serviriam para induzir à dúvida e atuar como forma complicadora das relações desse tipo.

A compreensão da posse e sua tradução em eventual conceito reclamam que se façam algumas reflexões prévias, as quais passam por considerações de ordem histórica e de ordem jurídica. E procedendo-se a uma retrospectiva na história do homem, constata-se que, em um primeiro momento, ele se apropriou ou se apossou das coisas ou dos bens e só em momento posterior, ele se adonou deles fez-los seus ou de sua propriedade, com o poder de dispor deles.

Nessa simples constatação, estão presentes e caracterizadas duas noções fundamentais e que comportam conceitos diferenciados. No fato da apropriação ou do apossamento de coisas para sua utilização pela pessoa, está a marca da posse, evidenciando uma situação de ordem fática; o tornar-se proprietário da coisa, idéia expressada no adonar-se dela, caracteriza um instituto jurídico, por ser criação da ordem pública, e que estabelece, estrutura e disciplina a noção jurídica de propriedade ou de domínio.

1.4. A posse como um sinal de exteriorização do direito de propriedade

Enquanto a posse se ampara e encontra seu fundamento em uma situação fática que é a própria posse, a propriedade se sustenta em um instituto jurídico, de nítido cunho e contorno jurídico. Na posse, o que se mostra importante e relevante é a consideração tão-só do fato posse. A posse tem existência própria, não dependente e nem se mostra relacionada com a idéia jurídica de domínio. A ela se mostra totalmente estranha qualquer referência à propriedade ou ao direito de propriedade.

Apesar disso tudo, quando os doutrinadores buscam explicar e conceituar a posse, eles costumam dizer que a posse é um sinal exterior do direito de propriedade. Essa afirmação, quando não recebida em seus devidos termos e não submetida a uma análise adequada, pode conduzir a enganos e dúvidas, isso que é capaz de induzir a idéia de a posse guardar alguma relação com o direito de propriedade, ou ser dependente do direito de propriedade. Não é isso, no entanto, que se dá no tocante à posse enquanto situação fática.

A afirmativa quanto a ser a posse um sinal exterior do direito de propriedade talvez encontre uma justificativa na circunstância de o legislador civil, sem conceituar a posse, ter definido o possuidor como sendo quem exerça de fato algum dos poderes inerentes à propriedade (art. 1.196 do CC)⁴. Muito embora não seja apropriada a relação entre a posse e a propriedade, ou a explicação da posse a partir da propriedade, estudaremos por tal caminho, pelo fato de o referido entendimento ainda ser veiculado na literatura jurídica e até mesmo na jurisprudência.

Segundo o artigo 1.196 do código civil: “Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.”

Diante da definição dada ao possuidor pelo legislador civil, tem-se ser possuidor aquele que tenha em sua esfera de interesses um bem sobre o qual ele exerça faticamente algum tipo de poder, e que o poder exercido possa ser tido como inerente à propriedade, ou de forma mais abrangente, correspondente a um direito

⁴ DINIZ, Maria Helena. Código Civil Anotado. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 369.

real. E se assim é, deve-se colocar como fundamental, em um primeiro momento, quais são os poderes que se apresentam juridicamente como inerentes à propriedade; e em um segundo momento, verificar se todos os poderes que a ordem jurídica atribui ao proprietário também se mostram hábeis para caracterizar a posse, como fato que é, ou se apenas alguns ou algum deles possa servir à sua evidenciação ou caracterização.

A primeira indagação encontra sua resposta no âmbito do próprio Código Civil: a quem seja considerado proprietário, são atribuídos o direito de usar, gozar e dispor da coisa, bem como de reavê-la de quem injustamente a possua.

É o que estabelece o artigo 1.228 do Código Civil: “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”.⁵

O direito de usar da coisa, atribuído ao proprietário, significa, em linguagem jurídica, a faculdade de utilizar-se da coisa para, em assim agindo, dela retirar proveito, seja este de ordem econômica, seja ele simplesmente satisfativo de uma necessidade da pessoa. Com o usar da coisa pretende-se expressar a idéia de servir-se da coisa, ou tê-la em condições de servir ao proprietário a qualquer momento. Consiste na possibilidade de a coisa ser usada com o objetivo de satisfazer a uma necessidade do proprietário, podendo ele extrair dela as vantagens que ela lhe puder trazer. O direito de usar consiste na faculdade de se servir da coisa, empregando-a em uso que se possa reproduzir, o que pressupõe a idéia de que o uso não deve mudar a substância da coisa.

O direito de gozar da coisa, por sua vez, traduz o significado jurídico de o proprietário poder fruir ou desfrutar das utilidades econômicas que a coisa é capaz de ensejar. Consiste na possibilidade conferida ao proprietário de fruir e de perceber os frutos e os produtos que a coisa é capaz de dar ou produzir, sejam eles civis, sejam industriais, sejam naturais. Para Carvalho dos Santos, o direito de gozar: “É o direito de perceber os frutos ou qualquer utilidade da coisa, que cultivando, que fazendo a coisa frutificar por qualquer outro modo, inclusive de gozar pressupõe também a posse”.⁶

O direito de dispor de alguma coisa, de sua parte, revela a existência de um feixe de direitos, o qual se traduz na possibilidade ou na faculdade reconhecida à

⁵ DINIZ, Maria Helena. op. cit., p.371.

⁶ SANTOS, Carvalho. Código Civil Brasileiro Interpretado. 7 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003, p. 278.

pessoa de alienar a coisa, transmitindo-a para outrem, englobando, ainda, a faculdade de consumir a coisa, de modificá-la, de onerá-la ou de submetê-la a serviço de outro. Ou, como ensina Carvalho dos Santos:

O direito de dispor consiste em fazer da coisa um uso definitivo, que não mais poderá reproduzir, ao menos para a mesma pessoa, a saber; transformá-la, consumi-la, destruí-la, transmiti-la a um outro, abandoná-la, constituir nela servidões ou outorgar qualquer direito.⁷

O direito de reaver a coisa de quem injustamente a detenha, constitui-se em outro poder inerente ao domínio, traduzindo-se o mesmo pela possibilidade de o proprietário manejar ação reivindicatória, que é exclusiva de quem seja proprietário da coisa. É essa faculdade de reaver a coisa, concedida ao proprietário, que serve para tornar efetivos os demais poderes inerentes à propriedade, antes examinados, pois que sua realização e exercício estão na dependência de o proprietário ter a coisa ao seu alcance e dispor. Nele se expressa o direito de seqüela ou de seguimento, possibilitador da recuperação ou da obtenção da coisa de que foi privado, ou que não lhe foi entregue.

Neste último caso, se cuida das hipóteses em que a pessoa detém o *ius possidendi*, o direito à posse em virtude de negócio jurídico transmissivo do domínio e no qual a entrega da posse da coisa ainda não se tenha operado.

Colocadas as questões nos termos explanados, impõe-se enfrentar, de imediato, a segunda indagação, qual seja, a de saber se todos os direitos inerentes à propriedade ou se apenas alguns ou algum deles servem para caracterizar a situação fática da posse. É preciso, assim, atentar-se para as terminologias: a propriedade, como instituto jurídico que é, confere, ao seu titular, faculdades jurídicas que se expressam através da atribuição de direitos; a posse, por sua vez, tratada como uma situação fática, que a ordem jurídica simplesmente acolhe, se expressa através de poderes que o possuidor exercita de modo efetivo, real, concreto e faticamente, e enquanto os exercita. Na propriedade, o proprietário é titular de direitos; na posse, o possuidor tem apenas poderes, que se revelam de uma situação fática existente.

Para que a posse se possa ter como caracterizada, não se põe suficiente que o possuidor tenha em seu poder uma coisa que seja hábil a ser objeto dela. O

⁷ SANTOS, Carvalho. op. cit., p. 278.

ter a coisa sob seu poder é pressuposto básico e necessário para a posse. Não é, porém, suficiente para caracterizar uma situação fática de posse. É preciso, além disso, que o possuidor dela também esteja fazendo efetivo uso e/ou esteja no seu efetivo gozo ou fruição.

É através do uso ou do gozo efetivos da coisa que se materializa e se exterioriza a posse como uma situação fática. Parece intuitivo o entendimento de a pessoa somente se apropriar ou se apossar de alguma coisa quando dela pretenda fazer uso efetivo ou quando a tenha como sendo capaz de lhe suprir ou satisfazer alguma necessidade, pondo-a a seu serviço e fruição. O uso e/ou a fruição de uma coisa reclama e supõe a fruição da coisa. O usar de alguma coisa pressupõe o possuir a coisa: só é possível alguém usar de uma coisa quando essa coisa esteja em seu poder, e o fato de uma coisa estar sendo usada por alguém significa que ele a está em poder da referida pessoa, servindo ambas para evidenciar a situação fática da posse. O gozar ou o fruir de uma coisa, por igual, pressupõe a posse e ao mesmo tempo constituem-se em atos ou condutas que servem para tornar concreta a posse no mundo da realidade fática. Em outros termos: é exatamente no uso e no gozo que a posse aparece e se materializa. Sou possuidor porque me utilizo da coisa que afirmo possuir, ou da qual posso me utilizar a qualquer momento.

O poder de dispor da coisa é poder ou faculdade reconhecido unicamente a quem seja proprietário, não alcançando quem seja simples possuidor da coisa. Isso decorre da circunstância de o poder de dispor dizer respeito à própria substância da coisa, o que é próprio da noção de domínio ou de propriedade. O poder de disposição não integra a noção e o conceito de posse. Ainda quando se considere que ao possuidor seja possível fazer a cessão e transferência dos direitos possessórios para outrem, isso através de negócio jurídico transmissivo da posse, ou só do uso da coisa ou só de fruição do bem, não se pode deixar de reconhecer, no entanto, que tal se dá pelo fato de a posse, anterior ou concomitante, efetivamente por ele estar sendo exercida. Mas, isso já se passa no plano da eficácia da posse, que se põe como momento posterior ou subsequente à posse mesma. O poder de disposição supõe a existência da posse. Não é poder que serve para caracterizar a posse ou que integre seu conceito e noção, que é anterior ao poder de dispor.

O poder de reaver ou de reivindicar a coisa compete exclusivamente a quem seja proprietário dela. Se ao possuidor, que experimentar ofensa à sua posse, é

dado recuperar a posse sobre a coisa possuída em caso de perda, ou de ver-se mantido na posse no caso de atos turbativos, ou de ver determinada a abstenção da prática de atos ou de condutas que possam levar à espoliação ou à turbação da posse ou, de algum modo, servir de entrave ao tranqüilo exercício da posse – o que, de certa forma, corresponde à idéia de reaver a coisa como faculdade do proprietário -, conclui-se dever que tal poder não integra e nem constitui a noção de posse, pois esta é tratada como uma situação fática. Tutela da posse através dos interditos possessórios, na realidade, se põe como consequência dessa mesma situação de fato, que redundando na posse, à qual a ordem jurídica empresta eficácia, para o caso de atos molestadores ou ofensivos.

A tutela que se dá através dos interditos possessórios somente surge no momento em que a posse do possuidor venha a ser objeto de espoliação, de turbação ou de ameaça ao seu exercício. O direito ao uso dos interditos possessórios surge da circunstância de terceiro espoliar, turbar ou ameaçar o livre exercício da posse de parte do possuidor. Não são, portanto, elementos que sirvam para caracterizar ou tipificar a posse. São apenas efeitos da posse, para evitar que prevaleça a violência. Por exemplo, quando ocorre uma violenta desapropriação, não é necessário demonstrar o domínio sobre o imóvel, basta mostrar que a coisa estava em seu poder quando foi dela violentamente desapossado. Segundo Silvio Rodrigues:

Como o ordenamento jurídico repele a violência, o esbulhado obterá o restabelecimento da situação anterior. Isto é, será reintegrado em sua posse. Na hipótese, o Poder Judiciário restabelecerá a situação de fato anterior, como manifestação de repúdio a violência.⁸

Diante de tudo quanto foi dito, parece que se pode concluir que apenas o poder de usar e o poder de gozar ou de fruir da coisa, tidos como inerentes à propriedade, servem para caracterizar a posse. Daí se poder afirmar ser possuidor aquele que tem poder de fato sobre uma coisa, em virtude de dela usar e/ou gozar, isto é, estar dela se servindo ou percebendo os seus frutos ou extraindo as utilidades que ela seja capaz de dar ou produzir.

Em outros termos: a posse se materializa e se exterioriza através de atos ou de condutas de parte da pessoa que se diz possuidora, praticados sobre uma coisa

⁸ RODRIGUES, Silvio. op. cit., p. 15.

e que se traduzem no usar e/ou no gozar da coisa, reveladores que são de um poder de fato sobre a coisa por parte de quem age de tal forma. Assim, quem esteja usando de uma coisa e/ou desfrutando das utilidades econômicas de uma coisa é considerado possuidor da coisa, põe-se na situação jurídica de possuidor, isto é, considera-se como tendo a posse da coisa.

Carvalho dos Santos, quando cuida de indicar quem se possa considerar como possuidor, referindo-se à opinião da maioria dos tratadistas, diz assim se dever ter:

a) o dono, ou o proprietário, que tem a coisa em seu poder, exercendo de fato sobre ela poderes inerentes ao domínio; b) o que exerce de fato sobre a coisa algum dos poderes inerentes ao domínio, vale dizer – que exerce algum dos direitos reais, quais sejam: a enfiteuse, o usufruto, o uso, a habitação, etc.; c) o que detém a coisa por força de uma obrigação ou direito, como o locatário, o comodatário, o depositário, o transportador, o testamenteiro, etc.⁹

Na verificação da posse, portanto, é preciso estar-se sempre atento à comprovação das circunstâncias fáticas que possam induzi-la. Estas situações de ordem fática passam, necessariamente, pelo exame da conduta revelada em relação à coisa por aquele que dela se diz possuidor, ou que afirma ter, em relação a ela, a posse. O que se deva entender por posse, ou o que constitua o poder de fato exercido sobre uma coisa, nem sempre é de fácil colocação teórica e determinação prática. Tanto a caracterização da posse como a consideração de quais sejam os atos ou as condutas capazes de evidenciar um poder fático sobre uma coisa têm sua determinação diretamente vinculada a uma visão de vida, além de considerações de ordem econômica.

É preciso acentuar que a noção de posse não se deixa alcançar, em um conceito que a expresse em toda sua amplitude, isso que ela é feita de experiência de vida e flui de uma visão do mundo, existente e praticada em uma determinada quadra da vida social. A posse, em certa medida, traduz uma noção de cunho sociológico que só em certos casos especiais, como se dá para fins de sua tutela interdita, é capaz de ingressar no mundo do jurídico. A noção de posse se dá mais rente à vida, mais próxima às relações de ordem fática do que às relações jurídicas. Daí que a compreensão do que se deva entender como sendo um uso ou uma

⁹ SANTOS, Carvalho. *op. cit.*, p. 23.

fruição, reveladores de uma posse sobre uma coisa, só se pode encontrar, e extrair de condutas que, de acordo com a “práxis” social, possam ser reputadas como expressadoras delas.

1.5. Modos de Aquisição da Posse

Estabelecida a noção da posse como sendo uma situação fática de senhorio ou de poder efetivo sobre uma coisa determinada, que se exterioriza e materializa através da conduta ou de atos de parte do possuidor que impliquem uso e/ou fruição da coisa, impõe-se, para um trato adequado da tutela possessória, ainda discorrer, de modo sucinto e suficiente, sobre os modos de aquisição da posse.

Neste ponto, cabe observar que a posse pode ser adquirida sob duas modalidades, indicadas como sendo de forma originária e pela forma derivada.

1.5.1. Modo de aquisição originário

A aquisição da posse de modo originário decorre de um ato unilateral praticado pelo possuidor. Ela se opera através da apreensão da coisa ou pelo apossamento da coisa, efetuada pelo próprio possuidor, ou a seu mando, sem a necessária participação de outrem no ato aquisitivo. A posse não decorre de outra pessoa. Ela surge na pessoa do possuidor, independentemente de posse anterior por outro possuidor, ou apesar de ter havido posse anterior. A aquisição da posse dá-se então independentemente da participação de outra pessoa, ou não reclama a presença de nenhuma outra pessoa no momento em que a pessoa apreende ou se apossa da coisa. No exato instante em que a apreensão ou o apossamento da coisa se dá, o apreensor ou o apossador, passando a exercer efetivo poder sobre ela, através de seu uso e/ou fruição, dela se torna possuidor, isto é, estabelece posse em relação a ela.

O preenchimento do suporte fático que compõe a noção de posse exige que, além do ato de apreensão ou de apossamento quanto à coisa, o apreensor ou o

apossador passe a ter, no tocante à coisa, uma conduta, de forma efetiva e pública, que a evidencie o que se exterioriza pelo uso e/ou pela fruição que passe a fazer dela.

Silvio Rodrigues, assim conceitua a posse originária:

Diz que se adquiriu a posse de maneira originária quando não há relação de causalidade entre a posse atual e a anterior, visto não ter a aquisição decorrido de anuência do antigo possuidor. Isso se dá, por exemplo, no caso do esbulho, pois quer a posse tenha provindo da violência, quer da clandestinidade, ela pode tornar-se legítima se, cessada a violência ou clandestinidade, transcorrer lapso de ano e dia.¹⁰

E, ainda, complementa:

Assim, se o antigo possuidor era titular de uma posse de má-fé, quer por havê-la cientemente adquirido de quem não era dono, quer por sabê-la nascida na clandestinidade, tais vícios desaparecem ao ser ele esbulhado, já que o esbulhador se constitui em titular de uma nova situação de fato, que não se encontra ligada à situação anterior. Esta nova posse pode ser violenta, mas, se convalescer desse vício que macula sua origem, não apresentará os vícios de que era portadora nas mãos do esbulhado.¹¹

Portanto, a aquisição originária é direta, ou seja, não há transmissão por interposta pessoa, é do modo que o adquirente faz seu o bem apropriado, sem que este lhe seja transmitido por outrem, são exemplos de aquisição originária a ocupação, a especificação, a acessão, a desapropriação, bem como a usucapião.

É necessário que estejam sempre presentes esses elementos e as suas condições para que assim possa a posse estar configurada.

1.5.2. Modo de aquisição derivado

A aquisição da posse de modo derivado, como sabido, é aquela que se opera por via de transmissão do possuidor anterior para o atual possuidor, a

¹⁰ RODRIGUES, Silvio. op. cit., p. 41.

¹¹ Ibidem. p. 41.

comportar uma subdivisão em aquisição derivada a título universal e em aquisição derivada a título singular.

A primeira das formas aquisitivas de modo derivado – a título universal – opera-se através da transmissão *ope legis* do domínio e da posse aos herdeiros do autor da herança. É o que dita o artigo 1.784 do CC: “Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.”¹²

Nessa circunstância, os herdeiros darão continuidade à posse tal como ela se apresentava na esfera jurídica do autor da herança. A primeira parte do artigo 1.207 do CC diz: “Art. 1.207. O sucessor universal continua de direito a posse do seu antecessor;...”¹³

Isto se põe particularmente importante na tutela da posse, dado não necessitar o herdeiro, para exercitar as pretensões tuteladoras da posse, comprovar que ele próprio tenha, em algum momento anterior à ofensa ocorrida, exercido efetivos atos de posse sobre a coisa objeto da herança. Bastará demonstrar que o *de cujus* exerceu posse fática sobre a coisa que transmitiu com a sua morte, ou que a exercia nesse momento. É que o legislador estabeleceu serem os herdeiros continuadores da posse do autor da herança, o que os isenta da necessidade de produzir prova quanto ao exercício de uma posse, pessoalmente exercida, ao efeito de obter tutela possessória.

Entenda-se isso quando a ofensa ou ameaça à posse da coisa herdada se tiver dado em momento anterior ou ao tempo do falecimento do autor da herança, ou em momento imediatamente posterior a tal evento. Se a ameaça ou a ofensa à posse se der tempos depois da ocorrência da morte do autor da herança, aí o herdeiro precisa demonstrar que ele mesmo exerceu posse sobre a coisa, ou estava exercendo ao tempo da ofensa, sob pena de ver sua pretensão não acolhida quanto à tutela possessória.

A segunda das formas de aquisição de modo derivado é a título singular, a qual decorre de um negócio jurídico transmissivo da posse, concretizado entre aquele que tem a posse efetiva da coisa e aquele a quem a posse é transmitida, o que se concretiza através de contrato ou de escritura de cessão e transferência de direitos possessórios.

¹² FIGUEIREDO, Antonio Carlos. Legislação Brasileira. 1ed. São Paulo: Primeira Impressão, 2002, p. 357.

¹³ Ibidem, p. 307.

Nesta modalidade aquisitiva da posse, o possuidor cessionário precisa demonstrar que ele próprio, após o ato transmissivo, exerceu ou exercia posse efetiva e real sobre a coisa ou o bem ao tempo da ofensa, se pretender obter êxito na demanda que venha a ajuizar contra terceiro esbulhador, turbador ou ameaçador de sua alegada posse. É que o cessionário da posse não é considerado continuador da posse do cedente, mas como instaurando, em sua esfera jurídica, uma posse nova, dependente de seu efetivo exercício, por ele próprio. E mais: por ser a posse caracterizada como uma situação fática, ela precisa ser exercida pelo possuidor de modo a evidenciar as condições impostas ao seu reconhecimento, e isso antes de ocorrer à moléstia a posse, ou concomitante a essa.

A posse, para efeito de sua tutela possessória, não é aquela transmitida pelo anterior possuidor, mas a que o alegado possuidor cessionário, atual e molestado, afirma exercer ou ter exercido, ele próprio, sobre a coisa recebida. Não satisfaz a exigência de ter posse ou de estar a exercê-la o fato de lhe ter sido a posse transmitida por negócio jurídico, pois a tutela possessória não alcança o direito à posse (= *ius possidendi*), de índole estritamente jurídica. Ela cuida de proteger a posse enquanto uma situação de ordem fática, a vincular a coisa a pessoa que, de fato, dela esta fazendo uso efetivo, ou dela está usufruindo. Não lhe socorre, por isso tudo, a alegação de que o cedente exerceu a posse, ou a exercia ao tempo do ato transmissivo dela para o cessionário. A hipótese aqui retratada cuida da cessão da posse por quem não tenha qualquer vínculo jurídico com a coisa sobre a qual a posse é exercida. Ou seja: o cedente é aquele que tem posse apenas fática da coisa e assim a transfere ou cede ao atual possuidor cessionário.

A tutela possessória, no entanto, não é exclusiva daquele possuidor que esteja na posse da coisa em virtude de um ato de apreensão ou de apossamento. A posse da coisa pode derivar – ainda a título singular – também de negócio jurídico que não tenha como objetivo imediato transmiti-la, de forma definitiva e permanente, a outrem, mas simplesmente o de ceder o uso e/ou a fruição da coisa possuída, de modo temporário. Em tal hipótese, o possuidor primitivo, ou o proprietário, não se demite e nem abdica da posse que está a exercer sobre a coisa. Ele apenas está cedendo a coisa, tocante à qual exerce posse, para uso de terceiro, o qual, em virtude do negócio jurídico e uma vez lhe sendo entregue a coisa, passa a exercer a posse direta e temporária sobre ela, permanecendo, na esfera jurídica do possuidor ou do proprietário, a posse indireta. É o que ocorre em hipóteses como contrato de

locação, contrato de arrendamento, em que o proprietário ou o possuidor cedem apenas o uso e/ou a fruição da coisa para o locatário ou ao arrendatário. O mesmo se passa no contrato de comodato, em que o comodatário recebe do comodante a coisa por este possuída ou da qual é proprietário, para uso e/ou fruição, o que faz com que aquele tenha a posse direta da coisa e este a sua posse indireta. No contrato de depósito, o depositante entrega ao depositário a coisa, da qual é proprietário ou simples possuidor, com a obrigação de este devolvê-la tão logo isso seja pedido por aquele. A posse da coisa, nesta figura contratual, é apenas para guarda do bem. O depositário não poderá dela fazer uso ou dela fruir. Em virtude do contrato, ele passa a ter a posse direta, permanecendo o depositante com a posse indireta sobre a coisa depositada.

Aqui poderão ser agregadas outras figuras jurídicas em que se opera a transmissão ou a cessão da posse da coisa ou dos direitos possessórios sobre coisa determinada para simples uso e/ou fruição pelo beneficiário.

Muito embora a posse, nesta última hipótese de aquisição, decorra de um negócio jurídico, ela desafia a tutela possessória, circunstância em que ela é tratada como uma posse decorrente de uma situação fática, ou a ela é equiparada para tanto. Isto significa dizer que, sempre que alguém pedir tutela possessória afirmando que sua posse decorre de contrato ou de negócio jurídico, o pressuposto básico a ser demonstrado por ele é o de ter a coisa em seu efetivo poder, ou de estar dela usando e/ou fruindo. Não satisfaz a pretensão de obter tutela possessória a afirmação e a prova, com base no contrato ou no negócio jurídico, que tem direito à posse em virtude deles. Isso se constitui em matéria estranha em demanda possessória.

Na demanda possessória, discutem-se a posse e o ato ofensivo a ela, tudo no plano exclusivamente fático. O pedir tutela jurídica sob a afirmativa de ser proprietário da coisa ou de ter direito à coisa são pretensões que devem ser exercidas em demandas petítórias.

1.6. Quando é cabível invocar a tutela possessória?

A compreensão da tutela possessória exige que também se incursione, de forma rápida, porém suficiente para permitir o trato da questão proposta nesta pesquisa, no exame do modo de perda da posse. A posse não se compadece com o exercício simultâneo de poderes por outras pessoas sobre a mesma coisa. Por sua natureza mesma, a posse é exclusiva de quem se encontra na situação de possuidor. Com isso está a se afirmar que enquanto uma pessoa exercer a posse sobre uma determinada coisa isso não admite, antes exclui, a possibilidade de que outra pessoa pretenda exercer, ou venha a exercer, posse sobre essa mesma coisa. Isso significa que enquanto perdurar uma posse, outra não se poderá constituir sobre a mesma coisa. Ou ainda: em se constituindo outra posse, a primitiva posse deixa de existir, isso pelo fato de aquela excluir esta.

Em caso de composses, sabe-se, a pretensão à tutela possessória tanto pode se dar em favor de um compossuidor contra o outro, ou de qualquer um deles, ou de ambos, contra atos de terceiros, que importem alijamento (perda) da posse daqueles.

Está aí a caracterização da perda da posse para efeitos de surgimento de uma pretensão à tutela possessória. Sempre que, por ato de outrem, o possuidor vier a ser alijado da posse que estava exercendo naquele momento, ou se vir perturbado no exercício dos poderes da posse que estava exercendo no momento ou se vir ameaçado de turbação ou de espoliação, isso podendo ser imputado o ato daquele, ou praticado a seu mando, tal faz com que surja, para o possuidor, a pretensão que lhe permite invocar a tutela possessória.

1.7. Bens suscetíveis de tutela possessória

Assentada a noção de posse como uma situação fática e expostos os modos de sua aquisição e de sua perda, naquilo que interessa ao tema deste estudo, cabe examinar quais sejam as coisas ou bens que, de acordo com o sistema jurídico

brasileiro, podem experimentar um efetivo exercício de uma posse sobre eles. Ou, em outros termos: quais sejam as coisas que podem ser objeto da posse.

Diante da noção de posse adotada, ela, para sua caracterização, reclama o exercício de um poder, ou a prática de condutas capazes de exteriorizar dito poder, efetivamente exercido, ou concretamente praticado, sobre coisa determinada, seja esta uma coisa ou bem móvel, seja ela uma coisa ou bem imóvel. Em outros termos, como afirma José Carlos Moreira Alves:

A posse exige coisas corpóreas, que integram, ou sejam capazes de integrar ou constituir uma das referidas categorias de coisas ou bens. Nas coisas corpóreas englobam-se tanto as matérias que se encontram em estado gasoso (= o gás, o vapor) como as energias ou forças naturais (=energia elétrica), isso que umas e outras se deixam perceber pelos sentidos.¹⁴

Também a água corrente, por ser tida, legalmente, como coisa corpórea (pelo Código das Águas, as águas correntes são consideradas coisas corpóreas, tanto que tidas como coisas imóveis por expressa disposição normativa – art. 145 do Decreto 24.643, de 10.07.1934), podendo ser objeto de posse. Neste sentido a jurisprudência afirma:

REINTEGRAÇÃO DE POSSE. ÁGUAS – É cabível ação possessória para assegurar o fluxo normal de águas comuns e particulares. É lícito ao dono ou possuidor de prédio atravessado ou banhado pelas correntes o uso das mesmas para a agricultura ou indústria, desde que, em relação aos prédios inferiores, não se altere o ponto de saída das águas remanescentes. Alteração do ponto de saída das águas remanescentes, impedindo o uso das mesmas pelos prédios inferiores. Esbulho caracterizado. Apelo improvido.¹⁵

Imprescindível, no entanto, que em qualquer uma das situações referidas às coisas estejam isoladas e na esfera de atuação do usuário, pois, com isso, se realiza a entrega delas e se lhes adquire a posse, dado que, diante disso, elas se tornam susceptíveis de gozo e de posse por parte daquele.

Desde que se admite a posse sobre coisas corpóreas, isso não conduz, necessariamente, à conclusão de que todas as coisas corpóreas, só por isso, possam ser objeto da posse.

¹⁴ ALVES, José Carlos Moreira. Posse. São Paulo: Forense, v. II, p. 152.

¹⁵ TJRS. 20ª Cam. Civil. AC 60/333. Rel. Des. José Aquino Flores de Camargo. J. 13.08.2002.

Questiona-se, se as coisas postas fora de comércio podem ser objeto de posse. Como acentua José Carlos Moreira Alves:

A inalienabilidade, a que aludem as referidas disposições normativas, tem em vista apenas proteger o titular do direito de propriedade contra a possibilidade de perdê-la, e não à exclusão de tais coisas do âmbito da posse *ad interdicta*, não podendo recusar a possibilidade de as mesmas serem objeto de posse.¹⁶

O mesmo autor, mais adiante, escreve:

Portanto, em síntese, das coisas *extra commercium*, não podem ser objeto de posse as insusceptíveis de apropriação, e portanto, as *res communes omnium* – assim o ar, a água corrente, o oceano – enquanto tais, pela impossibilidade de serem apropriáveis no seu todo; se, porém, se destacar delas uma certa porção, que passa a conter-se num dado recipiente, poderá esta ser possuída. Já no tocante às coisas legalmente inalienáveis, que também se incluem na categoria das *extra commercium*, é preciso distinguir as particulares das públicas: aquelas, quer a inalienabilidade decorra da lei ou de ato jurídico, são susceptíveis de posse; estas o são se dominicais, mas se de uso comum ou de uso especial só o Estado é possuidor delas, podendo o particular ser, apenas, seu detentor, quer em face do Estado quer em face de terceiro, salvo se o Estado assegurar a ele o uso privativo de parcela de um desses bens, o particular será possuidor dela, em face do Estado ou de terceiros, enquanto perdurar a permissão ou concessão do uso privativo.¹⁷

No que concerne aos bens públicos, a posse quanto a eles por particulares se põe controvertida, tanto na doutrina como na jurisprudência. Enquanto uns sustentam, com visos de generalidade, que o eventual uso de bem público por particular não gera posse em favor deste, configurador que ele seria de simples detenção consentida, ou ainda ao fundamento de se tratar de “bens postos fora de comércio”, como define Washington de Barros Monteiro;¹⁸ outros, por sua vez, o tem como caracterizando posse, “habilitadora do manejo dos interditos possessórios tanto contra terceiros ofensores quanto contra o próprio Estado, desde que observadas e presentes determinadas condições impostas pelo Direito Público”, é o caso de Maria Helena Diniz.¹⁹ Outros há que, sem desprezar a titularidade como critério classificatório dos bens, procedem, internamente ao campo do Direito

¹⁶ ALVES, José Carlos Moreira. op. cit., p.167.

¹⁷ ALVES, José Carlos Moreira. op. cit., p. 173.

¹⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v.I, p. 165.

¹⁹ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v.I, p. 303.

Público, a uma distinção entre os bens públicos, através da qual buscam estabelecer a natureza do tratamento a ser dispensado às diversas categorias. A distinção, em tal hipótese, dá-se a partir do critério da afetação, o qual leva em consideração a destinação cometida aos bens públicos, tomada esta no sentido de estarem destinados ao uso ou à prestação de serviços públicos, tomada esta no sentido de estarem de forma precípua, destinados a tais usos e serviços. Afetados que estejam, pela sua destinação, a servirem ao uso e à prestação de serviços públicos, os bens serão tidos como bens públicos, catalogáveis como bens públicos de uso comum ou bens públicos de uso especial; no entanto, desafetados que se encontrem os bens públicos de servirem ao uso e ao serviço público, eles serão considerados como bens dominicais ou bens devolutos. Os primeiros submetem-se, necessariamente, às regras de Direito Público; os segundos têm seu disciplinamento não necessariamente regrado pelo Direito Público. Aqueles trazem a regra geral da inalienabilidade como sua marca característica; estes, por sua vez, trazem, como regra geral, a sua alienabilidade, isso por não serem tidos como essenciais ao uso e à prestação de serviços públicos. Diz o artigo 100 do Código Civil: “Art. 100. Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar”.²⁰

Naquilo que respeita aos bens públicos de uso comum ou de uso especial, o Estado é considerado proprietário e possuidor quanto aos mesmos. E nestas condições, sem a necessidade de demonstrar posse anterior e atual ao ato ofensor, isso que a posse decorre da lei, o Estado pode manejar interditos possessórios contra eventual ocupante de tais bens. Os particulares, no tocante aos mencionados bens públicos, são considerados meros detentores. Essa é a regra geral, que comporta, no entanto, exceções, ditadas por circunstâncias especiais que envolvem o uso de tais bens pelos particulares. Assim que se o uso dos bens públicos de uso comum ou especial decorrer de ato ou de negócio jurídico administrativo de autorização, de permissão ou de concessão de uso ao particular autorizado, permissionário ou concessionário, pode socorrer a alegação de posse, a ensejar o manejo de interditos possessórios tanto contra terceiros ofensores como também contra o próprio Estado, se e enquanto permanecer tal situação.

²⁰ FIGUEIREDO, Antônio Carlos. op. cit., p. 221.

É o posicionamento também adotado por José Carlos Moreira Alves.²¹ Pelo cabimento de demanda possessória para ver resguardada a posse sobre jazigo em cemitério público municipal se pronunciou a 20ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

AÇÃO POSSESSÓRIA. POSSE DE JAZIGO EM CEMITÉRIO MUNICIPAL. ESBULHO COMETIDO PELO PODER PÚBLICO. Revisão de concessão e sem procedimento específico. Situação de fato consolidada, gerando direitos ao administrado. Segurança jurídica e princípios da boa-fé. Ação procedente. Apelo desprovido.²²

A questão se complica no tocante à possibilidade de ocorrer um uso ou uma fruição, por particular, de bens públicos dominicais, com características de posse. Os que classificam os bens dominicais ou bens dominiais como bens públicos tão somente com base no critério da sua titularidade negam a possibilidade de haver, quanto a eles, atos de posse, isso que o seu uso ou fruição importaria, tão só, detenção tolerada ou detenção consentida, a inadmitir o manejo de interditos possessórios contra a pessoa jurídica de direito público titular dos mesmos. Os que distinguem os bens públicos pondo a tônica na afetação deles a uma finalidade pública têm os bens dominicais, isso que não afetados pela destinação de servirem ao uso e à prestação de serviços públicos, como sendo suscetíveis de serem usados e fruídos com características de posse, a ensejar o manejo de interditos possessórios contra atos ofensivos, partidos de terceiro ou da própria pessoa jurídica de direito público.

À primeira vista, e em uma colocação superficial, pode parecer que a última colocação não esteja com a boa doutrina e jurisprudência, isso que a vigente Constituição Federal, de forma expressa, exclui a possibilidade de serem os imóveis públicos usucapidos. É o que se lê nos artigos 183, § 3º, e 191, parágrafo único, da Constituição Federal, que tem idêntica redação: “Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.”²³

Ademais, o Código Civil, em seu artigo 102, repete a disposição constitucional quanto à impossibilidade de os bens públicos poderem ser adquiridos por usucapião.

²¹ ALVES, José Carlos Moreira. op. cit., p. 170 e ss.

²² TJRS. 20ª Cam. Civil. AC 70001712363. Rel. Des. José Aquino Flores de Camargo. J. 07.03.2001.

²³ FIGUEIREDO, Antônio Carlos. op. cit., p. 1031.

Sendo a posse condição e pressuposto fundamental à aquisição por usucapião, afastada a possibilidade de aquisição do domínio de bens públicos através deste, isso também atuaria como forma a afastar a idéia configuradora de posse, para a eventual hipótese de uso de imóvel público por particular.

No ponto, a dar sustentação ao entendimento de os bens dominicais serem suscetíveis de posse por particular, está o discrimine feito pelo legislador constituinte entre terras públicas e terras devolutas (art. 188, da CF), cujos conceitos e abrangência, em boa doutrina, sempre foram, e continuam sendo, diferenciados.

Procede-se, aqui, a uma classificação não com fundamento apenas na titularidade quanto aos bens (art. 98 do CC), mas pondo-se a tônica na sua afetação (art. 288 da CF), decorrente da destinação atribuída aos mesmos. Assim, em uma interpretação que procure compatibilizar e harmonizar os dispositivos do diploma civil com a norma constitucional (art. 188)²⁴, se os bens de titularidade do Estado se encontram destinados e afetados ao serviço público, são tidos como bens públicos, em sentido estrito (art. 99, incisos I e II, do CC); caso não se encontrem afetados à utilização ou prestação de serviço público, embora permaneçam como bens públicos *lato sensu*, eles ingressam na categoria de bens dominicais (art.99, inciso III, do CC). Nesta última categoria se encontram enquadradas as terras devolutas.

Pontes de Miranda já expunha que:

²⁴ O artigo 188 da Constituição Federal estabelece: “A destinação de terras públicas e devolutas será compatibilizada com a política agrária e com o plano nacional de reforma agrária”. Em seus comentários, Celso Ribeiro Basto e Ives Gandra Martins extraem do referido dispositivo constitucional o seguinte entendimento: “Assim é que o art. 188 da Lei Maior faz cientificamente. Se as terras devolutas fossem públicas, não haveria necessidade de sua referência. Essa só se explica pelo fato de o Texto Constitucional ter perfilhado a tese segundo a qual só são públicos os imóveis quando sujeitos a um regime de direito público. Portanto, é forçoso reconhecer que, nada obstante um imóvel ser público por compor o domínio de uma pessoa de direito público, ele pode ser dominical do ponto de vista da sua destinação ou utilização. Esses são usucapíveis” (Comentários à constituição do Brasil. Saraiva, 199, v. 7, p. 240). E mais adiante, cuidando do exame específico do art. 188, continuam os referidos comentaristas: “Cremos que o Texto Constitucional tornou hoje impositiva a definição das terras públicas a partir de sua destinação porque, não fora essa a sua intenção, não haveria necessidade de referir-se às terras devolutas depois de já o ter feito relativamente às públicas. Em outras palavras, se públicas são todas as terras do domínio das pessoas de direito público, nelas já estariam incluídas as devolutas, visto que estas são inequivocadamente integrantes do domínio público. A Constituição abraça, portanto, de forma desenganada a teoria segundo a qual as pessoas de direito público podem possuir terras à moda de um particular, isto é, sem estarem submetidas a regime de direito público decorrente da destinação a que está atrelada” (Obra e vol. Cits, p. 318). No mesmo sentido, após acentuar que “a classificação dos bens públicos, levando em linha de conta o regime público de tais coisas (já pela titularidade, já pela definição legal, já pela destinação) deve ser alargado”, se pronuncia Juarez Freitas: “Em tal medida, mister admitir bens públicos de uso comum do povo, bens públicos de uso especial (ambos, enquanto tais, inalienáveis e imprescritíveis), ao lado de bens públicos disponíveis de duas espécies: os dominicais e os devolutos, estes últimos usucapíveis, obedecidos determinados requisitos, sem ofensa aos comandos dos arts. 183, parágrafo único e 191, parágrafo único” (Usucapião de terras devolutas. Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados, v. 121, p. 58, fev. 1994).

São bens públicos, *sensu stricto*, os bens que pertencem às entidades estatais (União, Estados-membros, Distrito Federal, Territórios, Municípios), a título de direito público. Os bens de que elas têm a propriedade, a título de direito privado, não são bens públicos, *stricto sensu*.²⁵

E acrescenta mais adiante que: “A disciplina jurídica dos bens mencionados no art. 66, I e II, é publicística; a dos bens mencionados no art. 66, III, privatística.”²⁶

Pinto Ferreira, ao lançar seus Comentários à Constituição Brasileira, escreve que:

As terras públicas dicotomizam-se em: devolutas, que se inserem no patrimônio público, porém não estão individualizadas nem cadastradas; e patrimoniais, que estão perfeitamente identificadas, resultantes de processos de discriminação e marcação ou outras formas admitidas em lei.²⁷

E acaba por conceituar as terras devolutas como sendo: “As terras que, embora antes doadas ou ocupadas, não se encontram cultivadas nem aplicadas a nenhum uso público, sendo então devolvidas ao domínio do Estado”.²⁸

Este mesmo doutrinador refere ainda a lição de Tomás Pará Filho, que assim se pronuncia sobre o assunto:

Pode-se dizer, destarte, que terras devolutas são bens patrimoniais do Estado, patrimônio privado, em razão de pressupostas vantagens disso advindas para a economia social, com a efetiva colonização do solo, o povoamento dos sertões e a cultura de glebas produtivas, atualizando, ao máximo, riquezas fundiárias potenciais.²⁹

Feitas estas colocações, parece assistir razão ao entendimento doutrinário e jurisprudências que sustenta serem os bens dominicais e os bens devolutos suscetíveis de posse por particulares, isso por se colocar possível, em relação a eles, a legitimação de posse. É que a legitimação de posse pressupõe a existência de posse efetiva sobre coisa dominical e, em sua eficácia, implica transferência da

²⁵ MIRANDA, Pontes. Tratado de Direito Privado, 4. ed. São Paulo: Borsoi, 2002, p. 135.

²⁶ *Ibidem*, p. 135.

²⁷ FERREIRA, Pinto. Comentários à Constituição Brasileira. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1994, 6º vol., p. 505.

²⁸ *Ibidem*, p.505.

²⁹ PARÁ, Tomás Filho. Terras Devolutas. 2 ed. São Paulo: In ESD, 2002, v. 72, p. 339.

coisa da esfera jurídica de pessoa de direito público para a esfera jurídica de particular.

José Carlos Moreira Alves, para admitir a posse dos bens dominicais, ou dominiais:

...o faz com invocação do art. 171 da Emenda Constitucional nº 1/69, que aludia à “legitimação da posse” de terras públicas; aos artigos 97 e 98 da Lei nº 4.504, de 1964 (Estatuto da Terra) que, a partir do reconhecimento da existência de “legítimos possuidores de terras devolutas federais” e de “posseiro” delas, admitia pedido de usucapião especial, circunstâncias que supõem posse; a par disso, a Lei nº 6.969, de 1981, que regula o usucapião especial de imóveis da União, com admissão da legitimação da posse sobre elas e reputando, para certos casos, os ocupantes como possuidores de má-fé, conclui pela possibilidade de haver posse quanto a elas.³⁰

Descabe também conferir admissão, como objeto de posse, às universalidades de direito (*universitas iuris*) e às universalidades de fato (*universitas facti*), dado serem consideradas coisas incorpóreas, ou coisas ideais, ou um complexo de relações jurídicas, ou ainda abstrações jurídicas, que se mostram incompatíveis com o exercício de um poder fático que constitui a noção de posse.

Quanto a estas últimas, como leciona José Carlos Moreira Alves, a posse pode se dar sobre coisas destacadas ou singulares que a compõem, mas não sobre a sua totalidade. É também o posicionamento de Pontes de Miranda em sua obra “Tratado de Direito Privado.”³¹

Afasta-se, com isso, adesão ao entendimento quanto à possibilidade de dar-se a posse no tocante aos direitos pessoais. Embora haja quem pretenda que a posse também se possa dar quanto aos direitos pessoais³², a posição dominante no direito brasileiro, tanto em sede doutrinária³³ quanto na jurisprudencial³⁴, é no

³⁰ ALVES, José Carlos Moreira. op. cit., p. 168.

³¹ MIRANDA, Pontes. op. cit., p. 82.

³² BARBOSA, Ruy. Posse de Direitos Pessoais. 2. ed. Rio de Janeiro, 1959; RAO, Vicente. Posse dos direitos Pessoais segundo o Código Civil. São Paulo.

³³ REZENDE, Astolfo. A posse e sua Proteção, São Paulo, 1937; BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das Coisas. Rio de Janeiro: Forense; FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. op. cit., p.275; PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, n.285, p.18.

³⁴ A possessória foi entendida como “meio impróprio para o cessionário obter o cumprimento de contrato de cessão e transferência de direitos e ações relativos a terminal telefônico”, ao fundamento de que “os direitos pessoais são estranhos ao conceito de posse...” (Julgados do TARS 80/361). Igualmente, em recurso em que o recorrente pretendia ver-se reintegrado no cargo de presidente de sociedade civil, ao qual havia renunciado, foi negado o pedido ao seguinte fundamento: “A reintegração no cargo e exercício de presidente de sociedade civil configura direito pessoal, e, como tal, insuscetível de proteção possessória. Os direitos pessoais não são tutelados pelos interditos possessórios...” (Julgados do TARS 80/322). O Pretório Excelso proclamou que “no direito

sentido de a mesma se pôr incompatível com eles. Há mesmo quem afirme que “a simples expressão ‘posse de direitos pessoais’ soa absurda”, isso por ser “inconcebível um poder fático exercitável sobre direitos”. O que faz com que o mesmo doutrinador conclua, de forma enfática, não haver “poder fático sobre abstrações”³⁵. O que significa também a inadmissão de a posse recair sobre coisas incorpóreas.

1.8. Efeitos jurídicos da posse

A posse acolhida e tratada como situação fática, não gera qualquer direito e nem decorre de algum direito.

É o que também afirma Carvalho Santos:

O exercício de fato, consoante a doutrina mais seguida, é o que caracteriza a posse e, pois, o possuidor. Pouco importa a relação de direito entre a pessoa e a coisa, de vez que a posse não se funda, em última análise, em direito concreto algum.³⁶

Antes, a posse independe da existência de direito que a ampare. A posse, por si só, também não gera qualquer efeito jurídico. Os efeitos jurídicos da posse, autorizadores da formulação de pedido de sua tutela através dos interditos, apenas surgem, ou resultam, da conjugação do fato da posse de alguma coisa e da conduta de alguém em relação a ela dito possuidor, com a ofensa ou a ameaça de ofensa à posse deste, partida de terceiro não possuidor, afirmado ofensor.

É o que realça Adroaldo Furtado Fabricio:

Em verdade, falar-se dos efeitos jurídicos da posse, ..., só faz sentido se visto esse fato em conjunto com outras ‘circunstâncias elementares’ que àquele se agreguem, e os efeitos cogitados serão

brasileiro não há posse de direitos pessoais” (RTJ 113/138). Daí entender-se não caber proteção possessória para o direito autoral (STJ-RT 748/206), nem para proteção da propriedade industrial (JTACSP 99/119), ou para anular suspensão de associado (JTACSP 99/119). O Superior Tribunal de Justiça, pela suas 3ª e 4ª Turmas, assentou ser “consolidada a jurisprudência no sentido de ser cabível o interdito proibitório para proteção de direito autoral” (REsp 144.907, 3ª T., e RT 748/206, 4ª T.).

³⁵ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. op. cit., p. 275.

³⁶ CARVALHO, Santos. op. cit., p. 9.

sempre resultantes desse conjunto: a posse por si só não gera efeito jurídico algum.³⁷

Prevendo o legislador a possibilidade de ocorrerem disputas ou litígios quanto à posse de uma coisa ou bem, estabeleceu regras jurídicas para serem observadas em tais e especialíssimas situações. Ou por outra: o legislador estabeleceu regras através das quais previu quais os efeitos que a posse é capaz de produzir no mundo jurídico, somente para o caso, de haver ofensa ou moléstia ao seu afetivo e real exercício. A pretensão à tutela jurídica possessória supõe, e pressupõe, moléstia ou ofensa à posse de alguém por outrem. É somente através da moléstia ou ofensa à posse do possuidor, e no exato momento em que a ofensa ou a moléstia à posse se dá, que surge, para este, o direito e a pretensão quanto à tutela possessória. Antes disso, a tutela possessória não se integra na esfera jurídica que é, no exato momento em que alguém se torne titular do direito de propriedade sobre coisa determinada, ele também vê, só por isso, integrarem-se em sua esfera jurídica, como direitos subjetivos, os direitos que são atribuídos, abstrata e legalmente, ao proprietário: direitos, ações, pretensões e exceções.

Na posse, tratada como uma situação fática pela ordem jurídica, ao possuidor, pelo só fato de ser possuidor, não é conferido qualquer direito. O direito de valer-se da tutela possessória surge apenas com a ofensa à posse, ou com a ameaça de ofensa à posse de alguém, deferida com o objetivo de impedir o uso da via da luta³⁸ para afastar a ofensa, ou impedir que a ameaça de ofensa à posse se concretize. Surgindo o direito à tutela da posse com o ato molestandor, ou com a ameaça de prática de atos molestadores, o mesmo direito de tutela possessória desaparece com o cessar do ato molestado, ou com o desaparecimento do ato ameaçador de moléstia. A cada ato molestandor, ou a cada ato de ameaça de prática de ato ofensivo à posse de alguém, surgem, para este, o direito e a pretensão à tutela possessória.

E dentre os efeitos que a posse é capaz de produzir no plano jurídico, está aquele que confere ao possuidor a possibilidade de utilizar-se dos interditos possessórios, isso quando haja ofensa a sua posse, ou ameaça de ofensa a ela.

É certo conferir o legislador civil ao possuidor que tenha sido ofendido em sua posse, ou esteja a experimentar ameaça de ter sua posse ofendida, a faculdade

³⁷ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. op. cit., p.273.

³⁸ MIRANDA, Pontes. op. cit., p. 102.

de também defender sua posse através da autotutela, o que se dá pelo desforço pessoal, desde que o faça no momento mesmo em que a ofensa à sua posse esteja ocorrendo, ou em um momento imediatamente posterior à sua ocorrência, isso mediante o emprego dos meios necessários e suficientes para repelir a agressão, ou para restaurar sua posse, conforme artigo 1.210, § 1º do CC:

Art. 1.210. 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.

§ 1º O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.

Ela, no entanto, não integra a tutela estritamente possessória. Essa colocação de modo algum pode ser entendida no sentido de que a autotutela da posse não se possa dar, ou não deva ser admitida. Em ela se verificando na concretude prática, examinadas as circunstâncias em que a mesma ocorreu e os meios empregados na sua realização, a autotutela se apresenta legítima e pode ser admitida como forma de preservar ou de restaurar a posse, por ato do próprio possuidor.

É pela sua admissão o entendimento jurisprudência:

POSSESSÓRIA. Esbulho, alegado pelo autor, e desforço pessoal, sustentado pelo réu. Área rural determinada dentro de todo maior, de que não se divide por cercas, e em que arrendatário do quinhão de um dos condôminos mantém gado em pastoreio, juntamente com animais pertencentes a outro condômino. Situação geradora de comosse do locatário, que vem a ser extinta por ato de adquirente da área arrendada, o qual, *manu militari*, levanta cercas e faz retirar os animais do arrendatário. O ato subsequente deste que, ao tomar conhecimento do ocorrido, arromba porteira posta pelo adquirente e, na área agora extremada, recoloca o gado, não constitui esbulho, mas defesa legítima de sua posse direta, mediante desforço imediato. Reintegratória julgada procedente. Sentença confirmada.³⁹

Em suma: tendo em vista os limites postos pelos objetivos de se alcançar nessa monografia, pode-se afirmar que a prática, por outrem, de ato que ofenda ou ameace ofender a posse exercida por alguém, faz surgir, em favor do possuidor, o direito à tutela possessória e a respectiva pretensão no sentido de defendê-la contra

³⁹ TARS. Julgado, 60/333.

eventuais ataques partidos de terceiros, e até mesmo contra atos molestadores de quem seja o proprietário da coisa possuída por aquele.

Estes são dados necessário e suficientes para que se possa desenvolver, em continuação, e com segurança, o tema de fundo da monografia, qual seja, o da tutela possessória.

2. INTRODUÇÃO A TUTELA POSSESSÓRIA

Estabelecido o que seja posse, o que se deva entender como posse na sistemática do Direito Civil brasileiro, cabe ingressar, de modo específico, na parte procedimental da tutela possessória, naquilo que se refere à forma de sua realização e efetivação prática. E em assim se fazendo, perceber-se-á ter o diploma processual civil, onde a tutela possessória encontra seu disciplinamento e desenvolvimento no sentido de atender ao objetivo prático, inserido entre os procedimentos especiais e lhe imprimido em maneira peculiar de processamento.

E com o imprimir um rito especial às ações possessórias, o legislador processual civil teve em vista atender às peculiaridades que são próprias da posse, além de buscar, com isso, um pronto restabelecimento da situação fática rompida, molestada ou ameaçada pela conduta de outrem.

O exame de cada uma das formas, previstas no diploma processual e destinadas a tutelar a posse, será objeto de análise separada. O objetivo é trazer uma melhor compreensão de cada uma das espécies de defesas possíveis, permitindo a percepção daquilo que lhes é comum e aquilo que as torna distintas umas das outras. Ter-se-á, assim, em vista apontar os elementos ou traços comuns às diversas espécies de defesa possessória; mas, ir-se-á apontar também as circunstâncias fáticas que servem para distinguir as diversas espécies, o que, por igual, exige atenção especial, isso que elas são muito próximas entre si. O estudo procurará, observados os limites objetivos que o tema impõe determinar o alcance dos meios protetivos e apontar os limites que a sua natureza estabelece.

Mas também aqui, ainda antes de ingressar, de modo específico, no exame das formas de tutela estritamente possessória, é preciso lançar algumas premissas e estabelecer algumas precisões, de modo que sejam evitadas confusões, o que se revela oportuno, pois, como afirmado anteriormente, além de a questão possessória não se mostrar de fácil trato, ela também é, na atualidade, objeto de muitas confusões e imprecisões.

2.1.Quando é cabível a Tutela Possessória

No plano processual, é preciso, primeiramente, ter bem presente que a posse sempre versa, ou deve versar, sobre uma situação fática ou uma situação de fato, pois é ela que se encontra na base da posse. Isso parece que ficou demonstrado por ocasião das considerações que antes foram expendidas.

Daí caber nesse momento, por oportuno e pertinente, referir o ensinamento de Oliveira Ascensão, quando esse doutrinador afirma que “o exame de toda regulamentação legal sobre a posse” revela “que a tutela jurídica é sempre subsequente à verificação de dada realidade de *facto*”. Essa realidade de fato a que se refere é a posse mesma. E conclui o mesmo doutrinador que “não há efeito jurídico sem que na origem se encontre o exercício de poderes de *facto* sobre uma coisa. Esta é a situação de *facto*...”.⁴⁰

Põe-se assim, de fundamental importância ter-se também presente que a defesa da posse encontra sua justificativa e fundamento na existência de uma situação fática preexistente, a qual, além de se pôr de presença necessária, também seja suficiente para caracterizá-la como posse. É essa situação fática (e não jurídica) que é objeto da tutela possessória. A tutela possessória supõe e pressupõe a existência real e efetiva de uma situação fática caracterizadora da posse, sendo aquela subsequente a esta e consequente de ofensa concreta a esta. Isso alcança não apenas a posse proveniente de ato unilateral do possuidor (e.g., atos de apreensão ou de apossamento de coisas virgens de posse ou senhorio anterior), como também aquela que derive de negócio jurídico transmissivo da posse ou do uso da coisa (v.g., em virtude de cessão de direitos possessórios, comodato, locação, etc.) ou ainda do próprio direito de propriedade, isso quando o proprietário maneja pretensão de tutela possessória com fundamento na posse que afirma exercer sobre a coisa ou bem.

Não se pode, e nem se deve, embaralhar a posse (situação de ordem fática) com a propriedade (instituto jurídico). Pode até parecer um truísmo dizer-se, não fosse evidente a confusão que paira no trato da matéria, que posse é algo diferente da propriedade: aquela expressa uma situação fática à qual a ordem jurídica não se

⁴⁰ ASCENSÃO, Oliveira. Direitos Reais. Lisboa: Almedina, 1978, n. 112, p.239.

mostra indiferente, emprestando-lhe valia, tutelando-a como situação de fato preexistente, na medida em que a vê como capaz de satisfazer as necessidades humanas e também pelo fato de, através do uso e da fruição da coisa, dela ser retirada uma utilidade, circunstâncias que fazem a coisa servir à sua destinação também econômica; a propriedade, ao contrário, retrata um instituto jurídico, isso que foi criada e estruturada pela ordem jurídica, conferindo ao detentor ou titular do domínio o direito à própria substância da coisa, além de caracterizar um direito subjetivo em favor do proprietário e de tamanha envergadura que é posta como um direito individual garantido pela Constituição Federal.

Importa, e aqui um aspecto que também se mostra de fundamental importância, não trazer para o âmbito da discussão possessória a idéia da propriedade, pois os planos jurídicos em que elas se situam, se desenvolvem e se estruturam são diversos. Não se atentar para essa realidade fatalmente levará a um desvio de perspectiva quanto ao tratamento da posse, capaz de alcançar, e nisso está a sua gravidade, a decisão a ser dada ao caso concreto submetido à apreciação judicial. Alerta-se, no entanto, não se estar, com isso, afirmando, e nem se poderia afirmar, que a propriedade não possa ser invocada em demanda de natureza possessória, isso que, de modo excepcional, é possível admitir-se a sua alegação, mas desde que ambos os litigantes disputem a posse na condição de proprietários, ou quando duvidosa a posse de ambos. O que se está afirmando é que, no comum dos casos, não é possível deduzir pretensão de tutela possessória com fundamento na propriedade, e nem mesmo é dado ao demandado, ao defender-se de pedido de proteção possessória, baseá-la em eventual direito à posse decorrente do direito de propriedade, do qual se afirme titular.

Na demanda possessória, a discussão fica centrada e limitada ao *factum possessionis*⁴¹, isto é, restringe-se à verificação da efetiva existência da situação fática da posse e da sua moléstia. O *ius possidendi* – o direito à posse ou de ter a posse -, isso pelo fato de alguém dizer-se proprietário da coisa ou do bem, ou afirmar-se com direito de receber a posse em virtude de negócio jurídico transmissivo (v.g., contrato de compra e venda, de comodato, locação, etc.), constitui-se em matéria estranha, ininvocável, inadmissível e impertinente em

⁴¹ A locução *factum possessionis* parece melhor expressar a idéia da posse como situação fática do que a locução *ius possessionis*, que traz também o grave inconveniente de poder induzir a idéia de tratar-se a posse de um direito, o que, como se viu, mostra-se incorreto.

demanda de natureza possessória. A propriedade quanto à coisa desimporta no juízo possessório. Mesmo quando o proprietário pede tutela possessória alegando exercer posse sobre determinada coisa, da qual também é titular do direito de propriedade. Em tal hipótese, o proprietário é tratado tal qual o é o possuidor, o que torna inadmissível o exame da propriedade ou a suscitação da exceção de domínio.

A jurisprudência é maciça em tal sentido, entendimento, de resto, imperante no Superior Tribunal de Justiça. Assim:

EXCEÇÃO DE DOMÍNIO – Não se admite, em pleito possessório, a exceção de domínio, posto que a Lei 6.820/80, ao alterar a redação do art. 923 do CPC, revogou a parte final do art. 505 do CC e, expressamente, proibiu pedido dominial no curso de ação possessória.⁴²

Não cabe, em sede possessória, a discussão sobre o domínio, salvo se ambos os litigantes disputam a posse alegando propriedade ou quando duvidosas ambas as posses alegadas.⁴³

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul o entendimento é o mesmo:

AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. IMPROCEDÊNCIA. TÍTULO DE PROPRIEDADE. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME NA AÇÃO POSSESSÓRIA. Incomprovada a posse alegada, impõe-se a improcedência da ação. A existência de título de propriedade é questão que refoge ao âmbito da ação possessória, devendo ser discutida em ação própria. Mantida a sentença. Apelação desprovida.⁴⁴

Ou ainda:

AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. DEDUZIDA TUTELA POSSESSÓRIA SOBRE FATOS E FUNDAMENTOS PETITÓRIOS. PROVA. Se tanto a petição inicial como a prova dos autos leva a concluir que a autora, embora detenha a condição de proprietária, não é possuidora da área cuja reintegração pretende, impõe-se a improcedência do pleito. Não se confundem no sistema do direito assegurado pelo art. 524 do CCB com a tutela jurisdicional dos arts. 920 e seguintes do CPC. Apelo desprovido.⁴⁵

⁴² STJ. Resp 32.467-5 – MG, 4ª T., 19.09.94.

⁴³ STJ. Resp 5.462-MS, 4ª T., 07.10.91, p.13.971.

⁴⁴ TJRS. 18ª Cam. Civil. AC 70000080456. Rel. Des. Wilson Carlos Rodycz, J. 04.05.2000.

⁴⁵ TJRS. 17ª Cam. Civil. A.C. 70001554682. Relª Desª Elaine Harzheim Macedo, J. 17.10.2000.

Daí mostrar-se também impertinente e inadequado sustentar e fundamentar decisões proferidas em demandas de cunho possessório através e com invocação do princípio constitucional da função social da propriedade. Isso pela singela razão de a posse não poder ser confundida com o direito de propriedade. Além disso, não é preciso buscar alhures o que está contido e expresso no próprio conceito de posse que foi apresentado, isso que ele revela a função social de que se reveste, e sempre se revestiu, a posse.

É no plano fático que primeiro se passam os fatos capazes de imprimir ou de impregnar de um sentido social a utilização das coisas, que se revela pelos atos ou condutas que o homem tenha em relação a elas e frente aos demais seres conviventes. Pontes de Miranda anteviu e expressou a função social da posse:

A tutela da posse é, no direito, o que mais importa, porque a posse é acontecimento do mundo fático, cuja significação econômica e social se opera nos fatos, fora do mundo jurídico. Somente a tutela jurídica a esse.⁴⁶

Com efeito, o efetivo uso e a efetiva fruição da coisa por parte do possuidor, utilizando-se da coisa para satisfazer suas necessidades e dela extraindo as utilidades econômicas que a mesma é capaz de dar e de produzir, serem para evidenciar o sentido social da posse, fazendo-a, assim, cumprir com uma função social de ativador da riqueza e de amparo ao ser humano. Em outros termos: a posse contém, em seus elementos caracterizadores, a ideia de as coisas possuídas deverem preencher, para obter e merecer tutela possessória, dupla ordem de funções: a primeira é a de que haja um efetivo uso da coisa e/ou uma efetiva fruição dela por parte do possuidor, segundo a natureza da coisa possuída; a segunda é a de que o uso e a fruição tenham em vista a satisfação das necessidades do possuidor e que os mesmos se deem de modo permanente, sob pena de perder tal qualidade.

O uso e/ou a fruição da coisa, caracterizadores da posse, estão diretamente ligados à ideia de dar um destino natural à existência da coisa, qual seja, a de servir de satisfação das necessidades humanas, tomadas estas tanto em sua dimensão pessoal ou familiar (e.g., usar terreno urbano para levantar casa para servir de

⁴⁶ MIRANDA, Pontes. op. cit., p. 282.

residência para o possuidor e/ou de sua família; usar imóvel rural para nele estabelecer residência e cultivo de subsistência), quanto social e econômica (e.g., usar terreno urbano para nele exercer profissão ou fixar estabelecimento prestador de serviços; usar de área rural, tornando-a produtiva através de atividade agrícola primária; usando-a na exploração pastoril) o que compõe o conceito de função social atualmente aceita de um modo geral. Ou seja: a posse é acolhida pelo Direito como uma situação fática digna de merecer tutela estatal pela circunstância de o uso e/ou a fruição de uma coisa ou bem serem entendidos como formas de preencher ou de satisfazer uma necessidade do homem, além de fazer a coisa produzir utilidades econômicas, de acordo com sua natureza e destinação.

O uso e a fruição da coisa trazem, assim, ínsita a idéia de uma dimensão e destinação social da coisa possuída, tanto que a posse não existe sem que haja sua expressão através de um efetivo uso e/ou de uma efetiva fruição da coisa possuída. É através da ação ou da conduta do possuidor em relação à coisa possuída, dando-lhe uma destinação conforme a sua natureza e destino, que a coisa cumpre com a sua função social, por ser satisfativa de uma necessidade pessoal, ou de cunho social, ou de servir de ativadora da riqueza ou produtora de atividades de natureza econômica. Sendo assim caberá a tutela possessória.

2.2. Tipos de Tutela Possessória

Convém, desde logo, advertir que está na intensidade da ofensa à posse o fator determinante para a distinção entre as diversas ações possessórias. Assim, se a ofensa à posse importou, para o possuidor, a perda do exercício do poder fático sobre a coisa, cabível tem-se a ação de reintegração na posse, cujo objetivo é a recuperação da posse perdida; se a ofensa à posse importa apenas causar ao possuidor incômodos, ou embaraços, ou dificuldades no exercício dos seus poderes sobre a coisa possuída, sem que o ato ofensor prive o possuidor totalmente de seu exercício, isso torna cabível a ação de manutenção na posse; e se há apenas ameaça de ofensa à posse de alguém, capaz de se tornar concreta, sem se cogitar, ainda, de perda ou de turbação na posse, o que se constitui na forma menos grave

de ofensa à posse, a medida cabível é a do interdito proibitório, cujo objetivo é impedir que a ameaça se concretize.

Assim postos os interditos possessórios, as questões que neles se podem configurar parecem simples. Não é sempre assim, no entanto.

A perfeita configuração das hipóteses de cabimento de uma ou de outra das específicas ações possessórias nem sempre se mostra de fácil deslinde na prática, isso pela proximidade das situações que ditas demandas sejam capazes de retratar e que busquem remediar ou prevenir, e também provocados pela celeridade com que as ofensas costumam se dar ou serem transformadas em sua intensidade e abrangência. Aquilo que, em determinado momento se configurava como simples ameaça de ofensa à posse pode se transformar, em curto espaço de tempo, em ato turbativo ou mesmo espoliativo da posse. O que era simples ameaça de ofensa à posse pode se ter concretizado em ato de turbação ou mesmo espoliação quando do ajuizamento da demanda possessória ou no decorrer de seu trâmite; ou que caracterizava simples forma de dificultar ou embaraçar o exercício de atos possessórios do possuidor pode se ter transmudado, após a propositura da demanda ou no decorrer do seu tramitar, em ato impeditivo do exercício de tais poderes pelo possuidor.

Atento a essas questões de ordem prática, com o objetivo de afastar possíveis discussões e embaraços à prestação jurisdicional, estabeleceu o legislador a fungibilidade dos interditos possessórios, a permitir a conversibilidade de um interdito em outro, uma vez alterada a situação fática, isso sem maiores formalidades, conforme o artigo 920 do Código de Processo Civil, o qual transcrevo:

Art. 920. A propositura de uma ação possessória em vez de outra não obstará a que o juiz conheça do pedido e outorgue a proteção legal correspondente àquela, cujos requisitos estejam provados.⁴⁷

Essa conversão pode, inclusive, dar-se por ocasião da prolação da sentença, ou até mesmo em fase recursal, desde que a tanto autorize e conduza a prova produzida. Ela também se dá tanto nas demandas possessórias que versem sobre ofensa à posse que date de menos de ano e dia como naquelas que datem de mais de ano e dia, hipótese essa última em que será observado o rito ordinário. Não há razão, de ordem jurídica ou prática, para proceder-se distintamente entre elas,

⁴⁷ FIGUEIREDO, Antônio Carlos. op. cit., p.467.

até mesmo pela circunstância de o rito de seu processamento não afastar o caráter possessório da demanda, é o que dispões o artigo 924, última parte, do CPC:

Art. 924. Regem-se o procedimento de manutenção e de reintegração de posse as normas da seção seguinte, quando intentado dentro de ano e dia da turbação ou do esbulho; **passado esse prazo, será ordinário, não perdendo, contudo, o caráter possessório.**⁴⁸

Essa conversibilidade, no entanto, somente tem incidência e aplicação nos interditos possessórios em sentido estrito, não podendo, conseqüentemente, ser estendido a demandas de natureza diversa.

⁴⁸ FIGUEIREDO, Antônio Carlos. op. cit., p.467.

3. REINTEGRAÇÃO DE POSSE

A reintegração na posse busca dar uma resposta mais efetiva à ocorrência de ofensa mais grave (= de maior intensidade) que pode ser perpetrada frente ao possuidor, isso que ela pressupõe a perda da posse por parte deste, por ato imputável ao ofensor. Ocorrente a perda da posse, a ação reintegratória permite ao ofendido recuperar sua posse, restaurando a situação fática, anteriormente existente. Através da ação de reintegração, busca-se restabelecer o estado fático anterior, para permitir que os possuidores injustamente afastados da posse da coisa possam voltar a exercer os seus plenos poderes sobre ela. A privação da posse por ato de terceiro recebe a denominação jurídica de esbulho. À caracterização do esbulho impõe-se a prova de ter havido a efetiva perda da posse.

Modo geral, naquilo que interessa à tutela possessória estrita, há de se entender como perda da posse a que se opera sem a concordância ou contra a vontade do possuidor. Nessa esteira de considerações, a perda da posse dá-se quando outrem, sem a concordância ou mesmo contra a vontade do possuidor, priva este do poder fático sobre a coisa, passando aquele a exercer esse mesmo poder fático sobre a mesma coisa. O alijamento do possuidor quanto ao exercício dos poderes fáticos sobre coisa determinada, e a sua substituição no exercício desses poderes fáticos pelo autor do afastamento daquele, serve, ao mesmo tempo, tanto para caracterizar a perda da posse como também para apontar o responsável pelo referido ato, a figurar como parte no pólo passivo da demanda possessória.

Cabe ao possuidor, que deduza pretensão de tutela possessória reintegratória, alegar e demonstrar que teve posse sobre a coisa da qual se viu espoliado por ato de terceiro. Mas não basta produzir prova quanto a ter tido a posse. É preciso que o possuidor demonstre que sua posse era marcada por sua atualidade, isto é, que a estava exercendo quando da ocorrência do ato esbulhador de parte de terceiro. A posse que a ordem jurídica tutela, em caso de ofensa a ela, é aquela que possa ser qualificada de atual, isto é, a proteção jurídica reclama a existência efetiva da posse agregada a um exercício atual dos poderes possessórios, aferíveis no momento da prática do ato afirmado esbulhador.

A razão dessa exigência encontra sua justificativa no estado de permanência do exercício fático, que é característica própria da posse como situação de ordem fática. Se o possuidor, em qualquer momento, deixa de exercer os atos próprios e

caracterizadores da posse, a própria posse, como situação fática, deixa de existir em sua esfera de interesses, agastando, por via de consequência, e por isso mesmo, a tutela possessória em seu favor. Assim, se outra pessoa toma posse de coisa quando o anterior possuidor deixou de exercer efetivos atos de posse sobre ela, ou não os está assim exercendo, aquele não ofende a posse deste e nem pratica, em relação a ele, esbulho possessório.

Os fatos alegados, e que compõem o suporte fático ensejador do pedido de tutela possessória, põem-se também como ônus probatório, cuja prova fica a cargo do possuidor que se afirma esbulhado em sua posse. O acolhimento do pedido fica na dependência da força de convencimento que os elementos de prova produzidos sejam capazes de produzir, observada sua admissibilidade, adequação, pertinência e conclusividade em relação ao caso concreto. A prova, em se tratando a posse como uma situação fática, na normalidade dos casos, constitui-se e produz-se através de prova testemunhal, que é a adequada para a prova de fatos. Eventualmente, documentos e perícias podem servir como prova auxiliar.

Questão crucial que se põe, na fase processual da tutela possessória, diz respeito à prova da posse, bem como à constatação de sua efetiva existência, feitas a partir da análise e verificação dos fatos alegados e demonstrados no processo. Isso exige, de parte do juiz, certos cuidados, pois ele precisa extrair seu convencimento dos fatos, dos atos e das condutas retratadas no processo e que possam ser considerados como caracterizadores de um poder fático, efetivamente exercido sobre uma coisa, por quem se afirme possuidor. Isso significa que ele deve captar no processo os fatos, atos e comportamentos que sejam tidos, pelo senso comum e compreendidos pela experiência de vida desenvolvida na comunidade e admitidos pelo tráfico, como sendo próprios de quem atue como possuidor de uma coisa. É que tanto a noção de posse como a de poder fático, este evidenciador daquela, se constituem em noções marcadas pela vagueza e pela incompletude, uma e outra a serem preenchidas de sentido e de conteúdo, em cada caso concreto, através da demonstração e da percepção da prática de atos, posturas e condutas que, de acordo com o senso comum expressado por uma compreensão de vida e de tráfico, sejam tidos e admitidos com expressadoras do exercício de um poder fático.

A descoberta, ou a captação, desses elementos constitui-se em uma verdadeira arte jurisprudencial, pois exige do julgador, ao mesmo tempo, um poder de análise objetiva, quanto à prova produzida, e de uma sensibilidade social e

psicológica que lhe permitam descobrir, ou captar, o que, segundo uma compreensão de vida, é reputado como exercício de poder fático e o que seja representativo dele. Isso nem sempre se põe de fácil percepção e captação na concretude prática.

A alegação e a prova quanto à data em que se concretizou o ato espoliativo da posse cobra importância na hipótese em que o possuidor esteja postulando sua *liminar reintegração* na posse da coisa, perdida por ato do apontado esbulhador. Assim que, demonstrado que o ato espoliativo verificou-se menos de ano e dia e convencido pela prova produzida, com a inicial ou em virtude de audiência prévia de justificação de posse, e tudo isso em nível de uma cognição sumária, da verossimilhança dos fatos alegados e dos efeitos jurídicos que eles sejam capazes de produzir, pode o juiz deferir, em favor do esbulhado, mandado de reintegração liminar. Essa liminar guarda a natureza de medida antecipatória de tutela, pois antecipa para o início da lide reintegratória o objeto controvertido, pleiteado como objeto da ação.

Para a concessão de liminar, exige-se prova de posse anterior e atual de parte do possuidor no momento em que se verificou o ato esbulhador de terceiro, e ainda da perda efetiva da posse. Também aqui não se mostra suficiente a prova quanto a ter a posse; é preciso ainda prova de que a estava exercendo ao tempo (=atualidade da posse) em que se verificou o ato espoliativo. Essa é a prova que se mostra necessária de ser produzida e que se apresenta também como suficiente, verificável através de uma cognição sumária que procura atender à dupla ordem de interesses:

Primeiro, estabelecer se havia posse de parte do autor e se ela foi ofendida por ato do demandado, com o objetivo de determinar se, de pronto, deve ser restaurada, ou mantida, a situação imediatamente anterior ao ato ofensivo; segundo, servir como pronta reação judicial contra a prática do ato esbulhador, evitando-se a via de luta como modo restauração do equilíbrio rompido. Aqui há que se chamar atenção para o cuidado que se deve ter no deferimento de liminares possessórias, de modo a impedir uma liberação demasiada, mas sem resvalar também para o extremo de negar liminar reintegratória quando a prova for autorizativa de sua concessão. Há de se reclamar prudência no atuar do juiz em tais casos, sem que ela se transmude em tolerância permissiva com atos de esbulho. A liminar pode ser deferida com ou sem audiência prévia de justificação, o que fica ao prudente arbítrio

do juiz, ditadas pelas circunstâncias que cercam o caso concreto posto à sua deliberação. A apreciação do pedido de liminar dá-se normalmente, ou ao despachar à inicial ou após a justificação (esses são os momentos processuais nos quais, na normalidade dos casos, se dá a apreciação do pedido de liminar. Nada impede, no entanto, que o juiz, diante de uma situação especialíssima, relegue sua apreciação para depois da oferta da contestação).

A afirmativa é válida para a hipótese em que o litígio possessório se trava entre particulares. Em se tratando de demanda possessória endereçada contra pessoa jurídica de direito público, a apreciação de pedido concessivo de liminar somente poderá dar após a ouvida da demandada, conforme descreve o Código de Processo Civil:

Art. 928.

...

Parágrafo único. Contra as pessoas jurídicas de direito público não será deferida a manutenção ou reintegração liminar sem prévia audiência dos respectivos representantes judiciais.⁴⁹

Enquadram-se aí a União, os Estados, os Municípios e suas autarquias. Ficam excluídas do privilégio as empresas públicas, as empresas de economia mista, as concessionárias e permissionárias de serviços públicos.

No ponto, põe-se correta a afirmação feita no sentido de que “tanto na hipótese de vir a petição inicial acompanhada de prova suficiente para a concessão da medida liminar, quanto nos casos em que se faça necessária a audiência de justificação, deverá o juiz, antes de decidir o pedido, ensejar a manifestação do representante da pessoa jurídica de direito público demandada”⁵⁰.

Há, no entanto, entendimento jurisprudencial admitindo que, em circunstâncias muito especiais, possa ser deferida liminar possessória sem a prévia ouvida da demandada (RJTJESP 59/220; RJTACivSP 105/72). A ouvida da pessoa jurídica de direito público dá-se através da intimação do seu representante judicial (art. 12 do CPC), para que se pronuncie sobre o pedido de liminar.

Entendendo o juiz haver necessidade de justificação da posse, designará audiência para tanto. E nesta hipótese se impõe conste no pólo passivo da relação processual particular ou pessoa jurídica de direito público, que tanto um como outra

⁴⁹ FIGUEIREDO, Antônio Carlos. op. cit., 467

⁵⁰ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. op. cit., p. 271

sejam previamente citados, para acompanhar o ato processual. Não lhes é dado produzir prova nesse momento, sendo-lhes possível apenas fazer perguntas às testemunhas arroladas pelo autor. Com ou sem concessão da liminar pleiteada, far-se-á a intimação do demandado para responder à demanda. Se o réu não tiver advogado constituído nos autos, a sua intimação deverá ser pessoal; se tiver advogado constituído, a intimação dar-se-á através deste.

A concessão de liminar não se constitui em hipótese de prejulgamento da lide, dado ser ela marcada pela provisoriedade. Isso significa que, ainda que tenha sido concedida liminar *initio litis*, tal não implica necessária procedência do pedido de tutela possessória. A demanda poderá, apesar da concedida liminar, vir a ser julgada improcedente, se a prova produzida, no decorrer do processo, conduzir o convencimento do juiz no sentido de o autor não ter tido posse, ou que não mais a tinha no momento do ato dito ofensor dela, ou que este não praticou o ato esbulhador.

Questão que pode suscitar alguma dúvida está na indagação quanto a ser possível, ou não, o deferimento de liminar de antecipação de tutela, isso com fundamento no artigo 273 do CPC, quando a demanda possessória for intentada mais de ano e dia da data da prática do ato ofensor, hipótese em que sua tramitação se dá com observância do rito ordinário.

Não parece possível cogitar-se de liminar de antecipação de tutela em tal hipótese. A afirmação feita encontra sua justificativa, primeiro, na circunstância de a demanda guardar sua natureza possessória, nada obstante se processar pelo rito ordinário; segundo, previsto procedimento especial para tutelar a posse quando o ato ofensor datar de menos de ano e dia, com previsão de concessão de liminar (art. 928 do CPC), a inércia e o desinteresse do possuidor em promover a pronta tutela de sua posse ofendida o fazem desmerecedor, em princípio, do benefício da antecipação de tutela com fundamento no artigo 273 do CPC; terceiro, pela circunstância de a existência de procedimento especial fazer com que suas regras prevaleçam face ao procedimento ordinário, que apenas servem de aplicação e utilização subsidiária (art. 272, parágrafo único do CPC); quarto, pelo fato de o longo período de mais de ano e dia, decorrido da ofensa à posse, servir para produzir uma consolidação da posse em mãos do ofensor, a qual, como uma situação fática, merece ser mantida até que o ofendido logre demonstrar que a posse da coisa deve ser devolvida a ele.

Por outro lado, há quem entenda que ao partir do pressuposto de que a previsão específica de uma liminar antecipatória implicaria afastamento da liminar genérica do artigo 273 do CPC, estaríamos, descurando da finalidade de liminar possessória, que era exatamente deferir uma proteção excepcional e mais intensa à posse, já que a antecipação de tutela, submetida a requisitos mais rigorosos, e de cunho não exclusivamente objetivo, de modo que, ao contrário do processo possessório, a liminar antecipatória do artigo 273 do CPC permite moldar o processo ao caso concreto de uma forma mais efetiva, através da prova inequívoca e da verossimilhança.

Ao contrário disto, teríamos como consequência o afastamento da possibilidade de o autor obter proteção liminar da posse fora do prazo de ano e dia, o que viria a prestigiar o réu turbador ou esbulhador. Ora, o sistema no qual foi concebida a liminar possessória nos demonstra que este instituto tinha por escopo ampliar o direito do possuidor esbulhado ou turbado. Se a previsão da liminar possessória impedir a invocação do artigo 273 do CPC, estaremos produzindo um resultado contrário ao valor da posse em nosso ordenamento, fazendo com que a proteção possessória fique aquém daquela que é hoje outorgada ordinariamente a qualquer autor.

Ademais, note-se que ação possessória de força velha sujeita-se ao rito ordinário, dentro do qual está prevista a antecipação do artigo 273, CPC. Logo, a aplicação da disciplina do processo ordinário não pode ser feita parcialmente, a míngua de dispositivo que assim disponha.

A antecipação de tutela deve somar-se aos mecanismos de proteção da posse, que salvo melhor juízo, ainda é relação de interesse social. Não há absolutamente incompatibilidade entre a previsão das liminares possessórias específicas e a antecipação de tutela, até porque os seus requisitos são diversos e suas finalidades também, embora se verifique uma nota comum de busca de uma fuga das graves consequências da ordinarização da tutela e do dano marginal do tempo.

A antecipação deve ter aplicação ampla, configurada pelo artigo 273 do CPC, rompendo-se com a visão que raciocina sempre com a configuração cognitiva e declaratória da jurisdição. Por isso, a antecipação deve ampliar a proteção possessória, não configurando a previsão de liminar específica nos pleitos possessórios de força nova que impede à concessão da antecipação.

A liminar possessória surgiu com o intuito de ampliar a proteção representando a possibilidade de antecipação de tutela quando isto não era possível. Isto demonstra o valor da posse em nosso ordenamento. Logo, não pode, agora, ter como consequência exatamente o contrário, ou seja, impedir a antecipação de tutela, pois neste caso estará prestigiando o esbulhador ou turbador.

Conclui-se, assim, poder invocar o possuidor ambos os institutos conforme estejam presentes os requisitos. Até um ano e dia da turbação ou esbulho, pode invocar a liminar possessória, de cunho objetivo, bastando provar a posse anterior e o lapso de tempo inferior a ano e dia entre o fato que caracteriza o esbulho ou turbação e o pedido. Também poderá pedir a antecipação da tutela, desde que presentes os requisitos.

Após ano e dia, poderá invocar somente a antecipação de tutela, devendo provar o preenchimento dos seus requisitos, não significando a passagem de tempo, ainda que considerável motivo suficiente, para afastar o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação.

No nosso ordenamento jurídico podemos observar de acordo com julgado de nossos tribunais como abaixo descrito:

REINTEGRAÇÃO DE POSSE – LIMINAR – POSSE VELHA – Para que se possa ingressar com a ação possessória, seja ela reintegratória ou de manutenção, necessário que a área esteja individualizada, mesmo que não se tenha a sua exata dimensão. Isso significa que se não houver dúvida quanto as confrontações do tempo, a área poderá ser perfeitamente objeto da possessória, e este é o caso da área objeto da presente ação. É possível a concessão da liminar em ação de reintegração por posse velha, de mais de ano e dia, desde que os requisitos necessários à concessão de liminar antecipatória obedeçam o art. 273 do CPC.⁵¹

Ademais, se invocar o provável ou comprovado propósito protelatório do réu como fundamento da pretensão antecipatória, o fator tempo em nada afetará a postulação, devendo-se medir em cada caso se o lapso de tempo da posse do réu deve ou não ser protegido pelo direito, à luz de um critério de razoabilidade, pois poderá não ser justo aprovar o desleixo do autor que tendo ciência do esbulho ou turbação, não agir para cessá-los, permitindo que se perpetuem.

⁵¹ TRF 4ª r. AI 1998. 04.01.065148-5 – 3 T – Rel. Juíza Marga Barth Jessler. J. 20.01.1999.

Esta poderá ser a solução que melhor se incorpora com os vetores do moderno processo da celeridade e da efetividade, relacionados à tutela possessória.

A ação reintegratória na posse tem feição de ação executiva, quer ela se processe pelo *rito especial* quer pelo *rito ordinário*, isso que tem em vista a recuperação da coisa sobre a qual o possuidor exerce sua posse, perdida em virtude de ato do esbulhador. A sentença que dá pela procedência do pedido de tutela, proferida na demanda de reintegração de posse, vem dotada de eficácia executiva. Isso significa que o seu cumprimento não reclama posterior ajuizamento de ação executiva. A sua execução se dará por meio de mandado de reintegração, a ser cumprido pelo oficial de justiça, caso antes o demandado, de forma voluntária, não tenha cumprido o comando sentencial, ou não se tenha demitido da posse.

Segundo Pontes de Miranda: “A sentença que reintegra executa. O mandado é aí o meio ou instrumento de execução.”⁵²

⁵² MIRANDA, Pontes. op. cit., p. 423.

4. MANUTENÇÃO DE POSSE

A posse de alguém, conforme se acentuou antes, pode experimentar atos de parte de terceiro que não importem a perda da posse quanto à coisa possuída, mas simplesmente atuem como forma de tolher o livre e pleno exercício dos poderes possessórios, ou de causar incômodos ou dificuldades ao possuidor em seu exercício. E em tal ocorrendo, o remédio processualmente previsto e adequado é o do manejo da ação de manutenção na posse, pela qual se busca manter o possuidor no livre e pleno exercício da posse. Tem a ação de manutenção na posse, assim, o objetivo de garantir a permanência do mesmo estado de fato ou de assegurar a continuidade da posse, afastando ou pondo cobro aos atos turbadores ou perturbadores dela.

A ação de manutenção na posse guarda feição de ação mandamental, isso que visa a obter um decreto judicial que determine que o terceiro molestador da posse do possuidor cesse de praticar os atos molestadores do exercício da posse daquele. Também aqui, é possível ao juiz, com ou sem audiência prévia de justificação, segundo seu prudente arbítrio, deferir liminar em que seja determinado, ao apontado molestador, que cesse com a prática de atos considerados molestadores da posse do autor. A liminar, concedida em demanda de manutenção de posse, guarda a natureza jurídica de antecipação da tutela, dado que, através dela e diante de cognição sumária feita quanto aos fatos e da prova, o juiz antecipa o efeito que seria próprio da decisão final.

Na demanda de manutenção na posse, é preciso que o possuidor, para ver-se mantido na posse, alegue e demonstre que tem a posse sobre área determinada. Mas, também aqui, não basta a alegação e a demonstração quanto ao exercício da posse. É preciso que a sua posse seja também atual. E na manutenção de posse, além do exercício da posse e da sua atualidade, é preciso também que o possuidor não a tenha perdido em virtude do ato de terceiro, mas que apenas esteja experimentando alguma forma de ação deste que lhe perturbe, ou dificulte, o exercício da sua posse.

5. INTERDITO PROIBITÓRIO

A tutela possessória, via interdito proibitório, supõe a existência de uma ameaça de moléstia ou ofensa à posse de alguém, isso provindo de terceiro. Mas não basta a existência de uma ameaça partida de terceiro, é preciso que a ameaça se revista de tais características que sejam capazes de incutir, no espírito do possuidor, um justo receio quanto à sua seriedade no sentido de efetivamente se concretizar. É preciso que a ameaça se revista de gravidade e de seriedade que levem a crer que ela efetivamente possa vir a ocorrer a qualquer momento.

Assim, que é preciso que a ameaça, além de dever se revestir de gravidade e de seriedade, também seja iminente, isto é, esteja prestes a ocorrer (= gravidade + seriedade + iminência). E em se estando diante de ameaça de moléstia ou ofensa à posse, estando ela revestida de seriedade e de gravidade e prestes a ocorrer, isso permite que o possuidor possa se valer do interdito proibitório, que tem natureza preventiva, para obter ordem judicial, inclusive através de liminar, que determine e mande que o autor da ameaça se abstenha de dar concreção à ameaça propalada.

Daí tratar-se de ação mandamental, isso que o juiz, através dela ordena que o ameaçante abstenha-se de cumprir com sua ameaça de molestar ou esbulhar a posse do possuidor. E para imprimir maior força coercitiva ao comando judicial, pode ser fixada uma multa para a hipótese de descumprimento da ordem de parte de quem proferiu a ameaça.

Para obter a tutela possessória via interdito proibitório, o possuidor precisa alegar e demonstrar que exercia posse sobre área determinada e que a está exercendo (= atualidade da posse). Precisa, por igual, descrever a ameaça que é feita por determinada pessoa quanto a praticar ato que venha a ofender a sua posse. E necessita também fazer prova quanto à existência da ameaça.

Mas isso tudo não basta para que possa obter a tutela possessória. É preciso, além de tudo quanto antes foi dito, que demonstre que a ameaça de ofensa à sua posse se reveste de seriedade, caracterizador de justo receio quanto à efetiva e real concretização dela de parte do agente da ameaça, e que ela esta prestes ou na iminência de se concretizar na prática.

Demonstrados os requisitos para a obtenção da tutela possessória através do interdito proibitório, pode o juiz, com ou sem justificação prévia, valendo-se de

prudência que o caso concreto esteja a reclamar, em favor do possuidor, deferir liminar que determine se abstenha o presuntivo ofensor de concretizar a ameaça feita, com ou sem previsão de multa. Também aqui a liminar se reveste da jurídica natureza de antecipação de tutela, isso que ela antecipa aqueles efeitos que seriam, normalmente, apenas obtidos com a sentença.

A possibilitar o manejo de ação de interdito proibitório, segundo ensinamento de ADROALDO FURTADO FABRÍCIO:

Estaria a advertência feita ao possuidor de que toda construção que ele venha a fazer no terreno possuído será prontamente destruída, e o conseqüente temor da perda econômica pode levá-lo a abster-se de construir, e a simples abstenção significa restrição ao poder fático exercido sobre a coisa.⁵³

Por outro lado, constitui exemplo típico e adequado para o ajuizamento de demanda de interdito proibitório a ameaça contida e uma invasão anunciada de determinada área, quando partida de pessoa ou de organização que costuma cumprir com suas ameaças. Assim, não se pode, em princípio, descartar o manejo de interdito proibitório diante da veiculação de anúncios, tais como os provindos do Movimento dos Sem-terras, de que irão invadir determinada área de terras. A experiência de vida e a práxis forense têm revelado que tais ameaças de invasão se mostram sérias (= são feitas para valer), por isso capazes de incutir justo receio quanto à sua efetiva realização (= elas costumam ser cumpridas), graves (= implicam ocupação da área e causação de danos) e de ocorrência iminente (= o anúncio de invasão revela que a sua concretização está próxima), o que preenche o suporte fático a autorizar o manejo do interdito proibitório.

Ao encerrar, reproduzo as palavras de MANUEL ALBALADEJO, o qual lembra que:

... a proteção da posse se apóia em que a lei não deve permitir que uma situação existente, ainda que seja de fato, como a possessória, seja atacada nem mesmo por quem persiga um fim justo em si (como o de tomar uma posse que lhe corresponde), e menos por quem pretenda despojar injustamente o possuidor. O ordenamento jurídico que reja qualquer comunidade que aspire sobreviver e que esteja mediamente organizada, o primeiro que há de proibir é que ninguém tome a justiça em sua mão. A proteção da posse é, pois, proteção frente aos ataques que esta sofra, não mediante reclamação

⁵³ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. op. cit., p. 340.

justificada diante dos Tribunais daquele que a peça para si, senão mediante atos com os que este pretende perturbá-la ou tomá-la por sua própria mão.⁵⁴

No interdito proibitório, é desprezível procurar apontar a data da ameaça para a escolha do procedimento, porque se ela tiver mais de ano e dia deixa de ser séria, a inviabilizar o próprio reclamo.

Por outro lado, essas demandas são regidas pelo principio da fungibilidade. Com efeito, ajuizado o interdito proibitório e, em seguida, o possuidor é turbado e depois esbulhado, não precisa intentar, sucessivamente, as demais ações. É suficiente comunicar ao presidente do feito, por petição avulsa, o fato superveniente para que se dê o julgamento, levando-se em conta o derradeiro ato violador da posse. Da mesma maneira, o aforamento de uma demanda em vez de outra nenhum prejuízo traz ao demandante.

⁵⁴ ALBADEJO, Manuel. Derecho civil. 3.ed. Barcelona: Bosch, v.I, p.98.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tão só a clara percepção de todos esses fatos permitirá uma adequada, correta e justa apreciação dos fatos ligados à posse, bem como quanto aos efeitos que ela é capaz de produzir e, notadamente, no que diz respeito ao exame das circunstâncias ligadas à tutela possessória, pleiteada por quem se afirme possuidor, diante da agressão ocorrida, ou por ocorrer, à sua posse. Somente a consideração dessas situações, agregadas à análise das circunstâncias que cercaram, ou cercam, a ofensa à posse, pode levar a uma decisão adequada e justa para o caso concreto.

É preciso lembrar, e isso de modo constante, que o Direito visa promover a paz, a ordem e a tranqüilidade sociais, o que deve ser feito com a consideração do direito posto, com as adequações de Justiça que o caso concreto reclama e traz consigo, e que seja também capaz de induzir.

A segurança jurídica, é preciso realçar sempre, também se constitui em um valor que o Estado Democrático de Direito busca realizar e preservar. Certamente não atendem a esse valor decisões que levem à insegurança, sejam capazes de provocar intranqüilidade pessoal e social e que possam servir para instituir focos de tensões sociais ou para aumentar de intensidade os existentes. Tal situação é capaz de conduzir a uma sensação de desproteção e de desamparo, o que se põe, em nível psicológico individual e social, de conseqüências consideráveis, que não podem e nem devem ser desmerecidas ou desconsideradas.

É o que me pareceu interessante trazer ao estudo no tocante à posse e sua tutela, que sempre se põe como um tema de palpitante interesse e de posta atualidade.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Vademecum Universitário de Direito**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2003.

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Vademecum Universitário de Direito**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2008.

ADIERS, Moacir. **Revista Jurídica – Doutrina Cível**. Porto Alegre: Nota Dez, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1988.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. Coleção Saraiva de legislação.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 35. ed. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005. Coleção Saraiva de legislação.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: direito das coisas. São Paulo: Saraiva, 2002.

FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Agrário**. São Paulo: Saraiva, 1994.

FIGUEIREDO, Antonio Carlos. **Legislação Brasileira**. São Paulo: Primeira Impressão, 2002.

FULGÊNCIO, Tito. **Da Posse e das Ações Possessórias**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GOMES, Orlando. **Direito Reais**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MAIA, Altir de Souza. **Discriminação de terras**. Brasília: Fund. Petrônio Portela – MJ, 1982.

MARQUES, Benedito Ferreira. **Direito Agrário Brasileiro**. Goiânia: AB Editora, 1996.

MIRANDA, Francisco C. Pontes de. **Comentários ao Código Civil de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado**. São Paulo: Borsoi, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil comentado e legislação extravagante**: atualizado até 15 de junho de 2005. 3. ed. ver. e ampl. da 2. ed. do CC anotado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RODRIGUES, Silvio. **Direito das Coisas**. São Paulo: Saraiva, 2003.

SALLES, José Carlos de Moraes. **Usucapião de Bens Imóveis e Móveis**. 6. ed. ver., ampl. e atual de acordo com o Código Civil de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SILVA, De Plácida. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

VENOSA. Sílvio de Salvo. **Direito das Coisas**. São Paulo: Saraiva. 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

TOLEDO, Antonio Luiz de; WINDT, Márcio Cristino Vaz dos Santos. **Código civil**. 49. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.