

**OS INTERDITOS POSSESSÓRIOS E A APLICABILIDADE DA ANTECIPAÇÃO DOS
EFEITOS DA TUTELA EM TAIS AÇÕES**

JOSÉ ANDRÉ MACHADO BARBOSA PINTO

RECIFE, JULHO DE 2007

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO - UNICAP
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO – PPPG

**OS INTERDITOS POSSESSÓRIOS E A APLICABILIDADE DA ANTECIPAÇÃO
DOS EFEITOS DA TUTELA EM TAIS AÇÕES**

JOSÉ ANDRÉ MACHADO BARBOSA PINTO

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira

RECIFE, JULHO DE 2007

JOSÉ ANDRÉ MACHADO BARBOSA PINTO

**OS INTERDITOS POSSESSÓRIOS E A APLICABILIDADE DA ANTECIPAÇÃO
DOS EFEITOS DA TUTELA EM TAIS AÇÕES**

Dissertação final apresentada à Universidade Católica de Pernambuco como requisito parcial à obtenção do Título de Mestre em Direito Processual Civil.

RECIFE, JULHO DE 2007

P659i Pinto, José André Machado Barbosa
Os interditos possessórios e a aplicabilidade da antecipação dos
efeitos da tutela em tais ações / José André Machado Barbosa Pinto;
orientador Sérgio Torres Teixeira, 2007.

111f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de Pernambuco.
Pró-reitoria Acadêmica. Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas,
Curso de Mestrado em Direito, 2007.

1. Tutela antecipada. 2. Posse (Direito). 3. Processo civil. 4. Medidas
liminares. I. Título.

CDU 347.9

Autor: JOSÉ ANDRÉ MACHADO BARBOSA PINTO

Título: OS INTERDITOS POSSESSÓRIOS E A APLICABILIDADE DA ANTECIPAÇÃO
DOS EFEITOS DA TUTELA EM TAIS AÇÕES

Trabalho Acadêmico: Dissertação final de Curso de Mestrado em Direito Processual Civil.

Objetivo: Obtenção do Título de Mestre em Direito Processual Civil

IES: Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP.

Data de Aprovação:

Prof. Dr. Alexandre Freire Pimentel

Prof. Dr. André Vicente Pires Rosa

Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira

A minha Mãe Ivone, que com fibra, trabalho honestidade e exemplos sempre me incentivou na busca pelo conhecimento.

Meu pai José, o homem mais trabalhador que conheci.

Minha esposa Niedja, amiga ímpar, companheira e incentivadora, esteio do meu lar, que em muito me ajudou para a conclusão deste trabalho.

Meus filhos Nicolau e Bernardo que com suas pequenas mãos virtuosas me sustentam e incentivam.

**“POUCAS VEZES QUEM GANHA O QUE
NÃO MERECE, AGRADECE O QUE
GANHA” (Quevedo : 1580 -1645)**

Por haver recebido dos meus amigos professores e do pai de Serginho, Arthur e Matheus, muito mais do que merecia, serei a exceção e aqui, externo a minha sincera gratidão.

“ - Quem és tu, tu que não pareces uma mortal, tanto que o céu a ornou e enfeitou com suas graças? Por que não repousas de modo algum? Por que tens as asas a teus pés?

- Eu sou a OCASIÃO; e muito poucos me conhecem: e o porquê não cesso de me movimentar é que sempre mantenho um pé sobre uma roda.

Não existe nada tão rápido que se iguale a meu curso; e somente conservo as asas a meus pés para fascinar os homens na passagem.

Eu trago diante de mim todos os meus cabelos flutuantes e escondo sob eles minha palavra e meu rosto para que eles não me reconheçam quando eu me apresento.

Atrás de minha cabeça, nenhum cabelo flutua, e aquele que teria me deixado passar, ou diante do qual eu me teria voltado, se fatigará em vão a me surpreender.

- Diga-me: que é aquilo que caminha?

- É o arrependimento. Assim, preste muita atenção : aquele que não sabe me alcançar guarda somente remorso.

Tu mesmo, enquanto perdes tempo a me falar, inteiramente entregue a teus vãos pensamentos, não te apercebes, infelizmente, e tu não sentes que eu já te escapei das mãos” .

Nicolau de Bernardo Maquiavel in
DUVERNOY, J.F. *Para conhecer o pensamento de Maquiavel*. Porto Alegre. L & PM Editores Ltda., 1984, p.62

RESUMO

Quando se pensa em “Estado de Direito”, tem-se a certeza inequívoca de que a ordem pública, a paz social, o respeito à soberania do Estado, são interesses públicos básicos, de cuja tutela cuida precipuamente o poder judiciário. A posse é uma situação de fato e uma componente de estabilidade social, sendo, por conseguinte a proteção da posse um *pacificador social*. Se a posse muda de titular, tal mudança não pode resultar em desequilíbrio social, em perturbação de ordem. Impõe-se que a passagem da posse de um para outro titular se dê sem qualquer risco à harmonia social. Quando a disputa pela posse se acende urge que cesse através do *due process of law*, e nos exatos termos da legislação pátria.

É sabido de todos, que o direito floresce na medida da evolução dos fatos sociais em uma determinada sociedade, igualmente é sabido que a justiça há de ser célere e efetiva, sob pena de restar caracterizada uma injustiça qualificada e manifesta, tal qual anunciava Rui Barbosa(1849-1923) em sua Oração aos Moços, ao afirmar que “ A justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta.”¹

Diante de tal certeza irrefutável, é que, neste trabalho, que aborda os remédios processuais possessórios, é feito também um estudo sobre a aplicabilidade do artigo 273 do Código de Rito Cível, tanto para a hipótese de esbulhos ou turbações novas, como para aquelas ocorridas há mais de ano e dia; A implementação da aplicabilidade de tal dispositivo em situações de “posse velha”, implica não somente numa maior celeridade processual, mas também na efetividade do direito.

¹ Rónai, Paulo. *Dicionário universal Nova Fronteira de citações*. Rio de Janeiro:Editora Nova Fronteira.1985.p525

À guisa de ilustração, há de ser lembrada a passagem bíblica esculpida em Mateus, capítulo 22, versículos 20 e 21, na qual Jesus referindo-se aos fariseus e herodianos, após ser questionado sobre a validade do pagamento de tributos, afirmou que deveria ser dado a César, aquilo que efetivamente fosse de César (“Dai, pois, a César o que é de César e a Deus, o que é de Deus”), para se verificar que a justiça é dar a cada um o que é seu, contudo, tal ato há de ser célere, efetivo, sob pena de nos vermos diante de uma “injustiça qualificada e manifesta”, tal qual aquela antes referida por Rui Barbosa .

Palavras-Chaves:

Ações Possessórias Antecipação dos Efeitos da Tutela Posse Velha

ABSTRACT

When the thought of a “State of Law ” arises, there is an absolute certainty that public order, social peace and the respect of a State’s sovereignty are basic public interests protected by the Judiciary. The possession of land is a factual situation and a component of social stability, being, thus, the protection of the right of possession is a means of social pacification. If the possessor changes, that alteration cannot result in social disorder. It is imposed that the passage of possession from one subject to another be done without any risk to social harmony. When the dispute over the possession of land occurs, it must be dealt with by the due process of law, exactly as disciplined by the Brazilian legislation.

It is well known that the law flourishes within the evolution of social facts in society, and that justice should be swift and effective, or risk being characterized as manifest injustice, as Rui Barbosa (1849-1923) once said in his speech “Oração aos Moços”.

In the mist of that absolute truth, the present dissertation aims to study the procedural remedies for protecting the rights of the possessor of land, and the applicability of the article 273 of the Brazilian procedural code in those types of actions, both in cases involving “posse nova” (possession up to one year of duration) and “posse velha” (possession over one year of duration). The implementation of that institute results in more swiftness and effectiveness.

To better illustrate that thought, it should be remembered the biblical passage in Matthew, chapter 22, verses 20 and 21, in which Jesus, after being questioned about the validity of the paying of taxes, affirms that what belongs to Cesar should be given to Cesar, showing that justice is giving each person that which belongs to them, but also in a swift and effective manner, so as to avoid the manifest injustice that was referred to by Rui Barbosa. .

SUMÁRIO

| | Página |
|--|--------|
| INTRODUÇÃO..... | 12 |
| Cap. I - A POSSE QUE MERECE PROTEÇÃO..... | 14 |
| Cap. II – DEFESA PROCESSUAL DA POSSE..... | 32 |
| 2.1 Petição e Possessória..... | 32 |
| 2.2 Meios processuais..... | 34 |
| 2.3 Conversão de um a Possessória em outra..... | 42 |
| 2.4 Valor da causa nas Possessórias..... | 47 |
| Cap. III – MEDIDAS LIMINARES..... | 49 |
| 3.1 Liminar protetiva da posse..... | 49 |
| 3.2 Liminar em litisconsórcio passivo multitudinário..... | 56 |
| 3.3 Medida Liminar contra Pessoa Jurídica de Direito Público..... | 63 |
| Cap. IV – MEDIDAS ANTECIPATÓRIAS..... | 66 |
| 4.1 Antecipação dos efeitos da tutela..... | 66 |
| 4.2 Antecipação dos efeitos da tutela nos interditos Possessórios..... | 88 |
| CONCLUSÕES..... | 102 |
| Referências Bibliográficas..... | 108 |

INTRODUÇÃO

O estado de fato que merece proteção estatal; a situação aparente de dominação sobre a coisa; a visibilidade do poder, que a lei reconhece ao proprietário; ou simplesmente a posse. Tal instituto jurídico, em trabalho de Gondim Filho, citado por Pinto Ferreira² mereceu a seguinte referência: “ Nenhum instituto jurídico tem merecido maior atenção dos escritores do que a posse”.

Instituto cuja proteção implica na manutenção da ordem pública e conseguinte consagração do “Estado de Direito”. Instituto básico para a existência da paz social, e cuja proteção é assegurada nos quatro cantos do globo, e que será tratado no presente trabalho.

Em que pese tal presença constante nos estudos efetuados pela doutrina, ainda não existe consenso sobre diversos tópicos desse instituto, sendo no entanto pacífico que a sua defesa, há séculos, se dá por intermédio dos antigos interditos romanos que evoluíram e transformaram-se nas ações possessórias consagradas no nosso direito brasileiro, que são meios de tutela da posse, e da garantia judicial dela.

Os meios de proteção da posse; a distinção existente entre ações possessórias e petitorias, e ainda a utilização deste ou daquele remédio possessório, é de fundamental importância para a busca do provimento judicial garantidor ou restaurador da posse. Tal acerto na utilização do correto interdito, implicará não apenas na celeridade processual, mas também na conseguinte efetividade processual .

Sabedor que é da não sempre cômoda missão de identificar o meio possessório aplicável à cada hipótese, o legislador processual previu a possibilidade de conversão de uma possessória em outra, pelas razões tratadas adiante do decorrer desse trabalho.

Tão importante instituto, ensejou que o legislador, pelas razões que serão tratadas adiante, a possibilidade de concessão de medida liminar visando a proteção possessória, o que, desde a vigência do Código Civil de 1916 e ainda dos Códigos de Processos Civis anteriores, já se caracterizava como uma real antecipação dos efeitos da tutela.

Igual importância do instituto fez surgir a criação jurisprudencial que poderá dispensar a nomeação e qualificação prévias da parte demandada quando se tratar de litisconsórcio multitudinário.

Com o advento da Lei nº 8.952 de 13 de dezembro de 1994, e a nova redação do artigo 273 do vigente Código de Processo Civil, marco na efetividade do direito, pelas razões referidas adiante, tornou-se possível a concessão da antecipação dos efeitos da tutela até mesmo para eventuais esbulhos e turbações ocorridas há mais de ano e dia.

Com Tais questões importantíssimas são abordadas no decorrer das folhas seguintes, de forma não pretensiosa, mas sim de forma direta, simples e pragmática.

² Ferreira, Luís Pinto. *Posse, ação possessória e usucapião*. São Paulo: Editora Saraiva. 1980. p.20

Capítulo I - A POSSE QUE MERECE PROTEÇÃO

Para melhor identificação do tema a ser tratado, que é a posse propriamente dita, em seu sentido técnico/jurídico, entendemos interessante a compreensão das significações tidas por Tito Fulgêncio³, como “impróprias”, e para tal, transcrevo adiante:

“a) *A propriedade.* No uso lingüístico dos romanos *possessor* era o *dominus*, *possessio*, a propriedade territorial.

É vulgar, na linguagem do povo e mesmo de juristas o dizer: Pedro possui uma grande fazenda, um belo cavalo, um relógio-cronômetro.

É que a posse exprime em regra o conteúdo da propriedade.

b) *A condição de aquisição o de domínio.* Entre os romanos, não se o obtinha sem a tradição, que era entrega da posse pelo alienante ao adquirente, efetiva a princípio, simplificada mais tarde, *constituto possessorio* repousando sôbre dupla tradição ficta.

Entre nós, não passa o domínio do alienante ao adquirente sem a transcrição no Registro de Imóveis a qual constitui a tradição solene, não se adquire *res nullius* sem ocupação.

c) *O exercício ou gozo de um direito.* Neste significado vemo-la empregada no Código, arts.203 e 206-*posse* do estado de casados para os que passavam ou passam como tais aos olhos do mundo.

d) *O compromisso do funcionário, ato preliminar em que promete exercer com honra a função.”*

Quanto ao sentido técnico/jurídico da posse, Tito Fulgêncio⁴ sob o olhar histórico a conceitua segundo três grandes escolas :

“I – *Dos glosadores.* A posse era o contacto físico com a coisa, poder físico, para uns presidido da intenção de tê-la para si, enquanto que, para outros, tê-la com a intenção de dono era o que constituía o elemento anímico do contacto.

³ Fulgêncio, Tito. Da posse e das ações possessórias. V.1 . 4ª ed. Rio de Janeiro. Forense. 1959.p.7.

⁴ *IBIDEM - ibid.* p.8

II- *De Savigny*. A posse consistia na faculdade real e imediata de dispor fisicamente da coisa com a intenção de dono, e de defendê-la contra as agressões de terceiros.

III- *De Jhering*. A posse consiste no fato de uma pessoa proceder intencionalmente em relação à coisa, como normalmente procede o proprietário, a dizer, na posse tem a propriedade a sua imagem exterior, êste direito, a sua *posição de fato*.”

São três os grupos de pensamentos sobre natureza jurídica da posse, existindo estudiosos que entendiam-na como uma simples relação de fato entre a pessoa e a coisa(*res*); aqueles que visualizavam natureza jurídica mista da posse sendo tanto direito como relação de fato liderados por Friedrich Karl Von Savigny, “ fundamentado em Niebuhr e acompanhado por Dernburg”⁵; e, ao final, a corrente de pensamento dominante hodiernamente sobre a natureza jurídica da posse formulada por Rudolf Von Jhering para o qual a posse tem caráter ontológico de direito uma vez que para tal autor deve-se partir do pressuposto de que o direito é um interesse juridicamente protegido.

Sendo dominante sobre a natureza jurídica da posse, a idéia de que a mesma é um direito em face da proteção deferida pelo sistema jurídico pátrio.

No entanto, ainda nos resta perquirir se o direito à posse e à sua defesa se encontra situado no âmbito do direito real ou do direito obrigacional ?

Para responder a tal indagação, utilizamo-nos de brilhante artigo do professor Solon Angelim de Alencar Ferreira, obtido em sitio eletrônico da internet⁶, em 22/09/2006, que inicia a análise de tal questão com a lição de Moreira Alves para quem a posse é um direito em decorrência de seu posicionamento no ordenamento jurídico, todavia não é um

⁵ Ferreira, Luís Pinto. *Posse, ação possessória e usucapião*. São Paulo: Editora Saraiva. 1980. p.20

direito real, pois os direitos reais são *numerus clausus* e estão todos relacionados no art. 674, do Código Civil Brasileiro, afirmando ainda que as ações possessórias não possuem o caráter de ações reais.

Para Caio Mario da Silva Pereira⁷ a posse é um direito real, sendo que o autor evidencia todas as características dos direitos reais no instituto da posse: oponibilidade *erga omnes*; indeterminação do sujeito passivo, incidência em objeto obrigatoriamente determinado etc.

O mestre baiano Orlando Gomes⁸ também compartilha da posição Caio Mario para quem também a posse é um direito real porque a sujeição da coisa à pessoa é direta e imediata, inexistindo sujeito passivo determinado, o exercício do direito do possuidor é *erga omnes*, devendo todos os integrantes da sociedade respeitá-lo.

A melhor doutrina, segundo o professor Solon Ferreira, tem se posicionado acerca da existência de cinco características essenciais dos direitos reais: a) criação através da técnica do *numerus clausus*; b) formação de tipos rígidos; c) exercício *erga omnes*; d) atribuição de direito de preferência e seqüela; e) sujeição aos princípios da publicidade, do desmembramento e da consolidação.

Procurando enquadrar-se a posse entre os direitos reais deveremos, forçosamente, tentar atribuir-lhe estes cinco requisitos mencionados no parágrafo anterior, sendo que ausente qualquer umas das características ante citadas ao instituto da posse não estaremos diante de mero direito real.

Assim, a técnica de criação *numerus clausus* exige a rigidez para criação de um direito real, ou seja, só é direito real o que está positivado pela Lei, sendo então número limitado de institutos previstos no artigo 1.225, do Código Civil Brasileiro não sendo

⁶ <http://jus2.oul.com.br/doutrina/texto.asp?id=591&p=2>

⁷ Pereira, Caio Mário da Silva: *Instituições de Direito Civil*. V.4, 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

⁸ Gomes, Orlando: *Direito reais*. 18ªed. Rio de Janeiro:Forense, 2001. p.28

admitidas outras figuras além das expressamente previstas no dispositivo⁹, não estando a posse entre eles o que desde já revela a inexistência de caráter de direito real à posse.

A utilização da técnica *numerus clausus* pelo legislador para a criação dos direitos reais originou a formação de tipos rígidos e taxativos (tipicidade), havendo detalhes que devem obrigatoriamente ser seguidos para cada instituto então criado, o que não se depreende com a posse que não fora tratada como direito real no Código Civil, nem tampouco em leis extravagantes.

Inexiste também a oponibilidade da posse *erga omnes*, pois o direito do possuidor encontra-se limitada pela propriedade ou por uma melhor posse de outrem; não é outra a hipótese da Súmula 487 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual, “será deferida a posse a quem, evidentemente, tiver o domínio, se com base neste for ela disputada”. Ainda: “Será deferida a posse a quem evidentemente tiver domínio, apenas se com base neste for a posse disputada por um ou por outro dos litigantes”(STJ-4ª Turma, Resp 6.012-PR, rel. Min. Athos Carneiro. J. 13.8.91, não conheceram, v.u., DJU 9.9.91,p. 12.205).”

Sobre o tema, do professor Sólton Ferreira¹⁰ acima referido, transcrevemos o seguinte texto:

"... a oponibilidade depende da situação fática em que se encontrar o possuidor, pois deve ser analisada comparativamente a outras posses. Isto

⁹Art. 1.225. São direitos reais:

- I - a propriedade;
- II - a superfície;
- III - as servidões;
- IV - o usufruto;
- V - o uso;
- VI - a habitação;
- VII - o direito do promitente comprador do imóvel;
- VIII - o penhor;
- IX - a hipoteca;
- X - a anticrese

¹⁰ in <http://jus2.oul.com.br/doutrina/texto.asp?id=591&p=2>

porque uma posse pode perecer diante de outra melhor ou diante da propriedade. Assim sendo, seu titular pode opor o direito contra "quase todos" (contra aqueles que não tiverem melhor posse, ou que não detiverem o domínio sobre a coisa), o que desfigura a posse como direito absoluto, uma vez que, dependendo da situação concreta, poderá ou não merecer proteção jurídica”

A posse também não comporta o direito de seqüela, pois o possuidor não tem o poder de perseguir a coisa no poder de quem quer que esteja, resgatando-a das mãos de quem a detiver, pois o direito de seqüela só é deferido aos titulares de direitos reais assim classificados por lei não estando a posse classificada entre estes. Não existe também o direito de preferência, de tal sorte que uma melhor posse pode preterir uma outra, bem como o direito de propriedade pode preferir a posse.

Quanto ao princípio da publicidade imprescindível para validade dos direitos reais contra terceiros não se configura também no instituto da posse, pois não é exigível registro da posse no Cartório de Registro de Imóveis competente para que a mesma tenha validade, sendo exemplo claro a posse clandestina a qual se configura independente do conhecimento de terceiros.

Os princípios do desmembramento e da consolidação também não se aplicam à posse, pois são relativos apenas aos direitos reais sendo característica do primeiro a possibilidade de um direito real desmembrar-se em outros direitos reais sendo exemplo a propriedade que pode desmembrar-se e tornar-se usufruto e característica do segundo (princípio da consolidação) a possibilidade daquele direito real desmembrado consolidar-se no direito real originário, o que não ocorre com a posse que não pode se desmembrar em qualquer direito real, nem tampouco consolidar-se.

Desta forma os argumentos suscitados pelos ilustres Orlando Gomes e Caio Mario acima referenciados, são facilmente refutados quando analisamos que sobre a posse não incide nenhum dos requisitos apontados pela melhor doutrina para configuração de um direito real, pois não há o direito de seqüela, a taxatividade, inexistente a criação *numerus clausus* etc., não sendo possível atribuir-lhe o caráter de direito real.

Para que se tenha a exata noção da natureza jurídica da posse e ainda de suas prerrogativas, entendemos necessária a visão de onde a posse se localiza no vigente Código Civil(2002), e no Código Civil de 1916:

No neonato Código Civil, mais exatamente no Livro III¹¹, se encontra o “Direito das Coisas”, sendo que tal Livro se divide em dois Títulos, o Título I (arts.1.196/1.224) que se refere à POSSE, e o Título II (arts. 1.225/1.227), que trata dos DIREITOS REAIS.

No não mais vigente Código Civil de 1916, repousava na Parte Especial, o Livro II¹², que tratava do Direito das Coisas; tal Livro se dividia nos: TÍTULO I, relativo à POSSE; no TÍTULO II, atinente à PROPRIEDADE; e TÍTULO III, que regia os DIREITOS REAIS SOBRE COISAS ALHEIAS.

Feita tal análise quanto à localização da posse em tais Códigos, importante é o conceito legal daquele que é considerado, por força de lei, possuidor, conceito explicitado pelo artigo 1.196 do novo Código Civil , que considera possuidor, todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade ; Tal ditame vigente, não difere muito do que estatua o artigo 485 do Código Civil de 1916: “ Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno, ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio, ou propriedade”

A posse, tendo em vista elementos objetivos e subjetivos, pode ser classificada como :

¹¹Código Civil de 2002 : Parte Especial Livro III(DIREITO DAS COISAS) - Arts. 1.196 e ss.
TÍTULO I - DA POSSE (Arts 1.196 / 1.224) .

TÍTULO II - DOS DIREITOS REAIS(Arts.1.225 / 1.227).

¹² Código Civil de 1916 - Parte Especial – DO DIREITO DAS COISAS - Livro II Arts. 485 e ss
TÍTULO I - DA POSSE (Arts. 485 / 523)

TÍTULO II – DA PROPRIEDADE (Arts. 524 / 673)

TÍTULO III - DOS DIREITOS REAIS SOBRE COISAS ALHEIAS(Arts. 674 / 862)

Objetivos: a) posse *violenta*, que é o inverso da posse mansa, pacífica, tranqüila; tal característica viciada decorre do modo pelo qual foi adquirida a posse, ou, mais amplamente, o modo pelo qual se instalou a situação de da instalação da posse; b) posse *clandestina*, que é aquela posse exercida de forma oculta, é aquela que não é de ciência do dono e/ou possuidor, que deveriam ter ciência daquela nova situação possessória porque, é dono ou antigo possuidor que deveria ter ciência do ilícito possessório ocorrido e em relação a esse novo e ilegítimo possuidor há de tomar providência que repute pertinente; e c) *precária*, a qual decorre do abuso de confiança ou de qualquer situação em que não mais se justifique a permanência da coisa na posse de alguém.

Subjetivos: a) posse de *boa-fé*, é aquela em que, em relação à sua situação de possuidor, subjetivamente, acredita esse possuidor que nada lhe obsta à aquisição do direito. Essa situação é representativa da crença de que o possuidor não lesa direito de ninguém. Está normalmente implicado, nesta posse ou no enunciado dessa situação, que ela foi adquirida (a boa-fé ou a má-fé, coloca-se na crença) ou não, vista da perspectiva de aquisição do direito, que supostamente embasa essa posse. b) posse de *má-fé* é aquela em que o possuidor tem consciência de que há óbice à aquisição da coisa, e, à sua posse. A classificação da posse da perspectiva vertical, possuidor direto e indireto, segue no item abaixo, à luz do papel que desempenham no juízo possessório.

No âmbito do Estatuto de Rito Cível, este contempla os ritos relativos à posse, os chamados interditos, entre os seus artigos 920 e 933, sendo certo que tais artigos disciplinam os meios para ser garantida a posse.

O procedimento nas ações possessórias é diverso caso se trate de ação de força nova ou ação de força velha. A ação de força nova é a intentada dentro do prazo de um ano e dia da turbação ou esbulho, e neste caso o procedimento é especial, segundo o art. 924,

Código de Processo Civil ¹³; ação de força velha é aquela intentada após esse prazo de um ano e dia da turbação ou esbulho, sendo que neste caso o procedimento é ordinário, embora a ação não perca seu caráter possessório, segundo o mesmo art. 924 do Código de Processo Civil.

Sobre o procedimento nas possessórias, interessante o ensinamento abaixo, vaticinado por Luís Pinto Ferreira ¹⁴:

“As ações da manutenção e de reintegração de posse seguem o procedimento especial previsto no Código de Processo Civil vigente (art. 926 a 931), desde que a turbação ou o esbulho tenham ocorrido dentro de ano e dia. Contudo, ocorrendo a turbação ou o esbulho depois do ano e dia, ambas as ações, tanto a de manutenção como a de reintegração de posse, terão o rito ordinário, o procedimento ordinário, qualquer que seja o valor dado à causa (CPC, art.924). Há também as ações possessórias sobre móveis e semoventes. Em tais casos não se aplica o procedimento especial nem o procedimento ordinário, mas o procedimento sumaríssimo. Assim, por força do art. 275,II,a, nas causas, qualquer que seja o seu valor, que versem sobre a posse ou domínio das coisas móveis e de semoventes, observar-se-á o procedimento sumaríssimo. Tal procedimento será, assim, sempre sumaríssimo e independe também de haver ou não decorrido o prazo de ano e dia. Não há também medida liminar nas ações sobre posse de móveis e semoventes (art.275,II,a).”

O caráter exclusivamente possessório de tais ações, seja qual for o procedimento utilizado, está ligado a sua natureza executiva, na medida em que a sentença na possessória tem força executiva por si só, ensejando a expedição de mandado de manutenção ou reintegração de posse. Assim, a própria sentença da possessória enseja imediatamente a proteção possessória respectiva . Tal característica é de grande valia e enseja não somente a celeridade na concessão de um direito, mas muito principalmente na efetividade de se fazer valer tal direito.

¹³ Art. 924. Regem 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.

¹⁴ Ferreira, Luís Pinto. *Posse, ação possessória e usucapião*. São Paulo: Editora Saraiva. 1980. p.133

As ações possessórias, também poderão ser regidas pelo procedimento sumaríssimo, aplicável ao julgamento de causas cíveis de menor complexidade. O artigo terceiro, inciso I da Lei nº9.099 de 1995, é expresso em determinar que às ações possessórias sobre bens imóveis com valor não superior a 40 (quarenta) salários mínimos, pode ser aplicado tal procedimento simplificado.

A inclusão de tal inciso na lei dos Juizados Especiais Cíveis, sem dúvidas, é de grande importância para a célere e efetiva distribuição da justiça, sem que haja a necessidade de pagamento de custas, tampouco a observância de formalismos desnecessários à solução da querela ali posta, até porque, os critérios da oralidade, simplicidade, economia processual e celeridade, buscando, na medida do possível, a conciliação ou transação, devem orientar os processos em tais Juizados, conforme determinação do artigo 2º da Lei 9.099/95¹⁵.

Quanto as ações possessórias versando sobre bens móveis, a Lei 9.009/95 é silente. Tal vazío permite à conclusão de que tal caso se enquadra na regra geral do artigo 3º, I, da Lei dos Juizados Especiais, que estabelece a competência dos Juizados Especiais Cíveis para o julgamento das causas cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo. Não era outra a hipótese quando da vigência da lei instituidora dos antigos Juizados de Pequenas Causas (Lei nº7.244/84), respeitando-se então, também, o valor de alçada.

A despeito disso, existiam entendimentos que defendiam a possibilidade de interposição de ação possessória sobre bem móvel perante o Juizado Especial Cível, independentemente do valor da causa, na medida em que o inciso II do artigo 3º da Lei 9.099/95, dispõe que as causas enumeradas no art. 275, II, do C.P.C., que trata das questões que, em razão da matéria, seguem o rito sumário na justiça comum, podem ser julgadas pela via célere dos Juizados Especiais Cíveis independentemente do valor da causa, tratando o referido art. 275, II, de hipóteses taxativas listadas em sete alíneas.

¹⁵ Lei nº9.099 de 18 de maio de 1995: Art. 2º- O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou transação.

Todavia, a defesa e busca de bens móveis ou semoventes não mais estão incluídas no rol do art. 275, II, do C.P.C., por força da alteração procedida pela lei 9.245/95, não se justificando mais, por esse motivo, a afirmação de que nas ações possessórias sobre bens móveis seria possível o procedimento sumário independentemente do valor da causa.

Ademais, vale lembrar que o bem móvel objeto de eventual possessória poderia se constituir em bens cujo valor poderia atingir verdadeira fortuna, como veículos, jóias, obras de arte, animais valiosos, etc., e a eventual opção por tal procedimento, implicará na renúncia de algumas garantias processuais.

Nesses casos, a opção pela utilização do procedimento previsto na Lei nº9.099/95 poderia vir a prejudicar o direito de uma das partes, não sendo indicado, pelo mesmo motivo que inspirou o legislador a excluir da alçada dos Juizados Especiais as ações possessórias sobre imóveis cujo valor da causa ultrapasse o teto de 40 (quarenta) salários mínimos.

Ademais, a finalidade dos Juizados Especiais Cíveis, como leciona Luiz Guilherme Marinoni, em sua obra *“Novas linhas do processo civil”*¹⁶, não é apenas o de proporcionar uma justiça mais célere, mas também tornar efetivo o acesso à Justiça atendendo às necessidades dos hipossuficientes econômicos, o que ocorre, inclusive, pela dispensa da cobrança de custas processuais.

Na hipótese de possessórias sobre móveis cujo valor da causa, que é o valor do bem, ultrapassa o montante de 40 (quarenta) salários mínimos, não há razões para se crer que exista como regra uma hipossuficiência econômica a ser resguardada; muito menos perigo de obstrução do acesso à Justiça pela cobrança de custas processuais.

Por essas razões, antevemos motivo para que se faça exceção à regra geral, que impõe o teto para o valor da causa nos Juizados Especiais Cíveis, para permitir que

¹⁶ Marinoni, Luiz Guilherme, *Novas linhas do processo civil*, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

as ações possessórias sobre móveis cujo valor ultrapasse 40 (quarenta) salários mínimos sejam interpostas perante esses Juizados.

Combinando o art. 3º, II, da Lei 9.099/95, e o art. 275, II, a, do Código de Processo Civil, Theotonio Negrão¹⁷ admitia o entendimento de que nas ações possessórias sobre móveis e semoventes, a competência é dos Juizados Especiais, independentemente do valor da causa. Segundo tal autor, a redução procedida no art. 275, II, do Código de Processo Civil, pela Lei 9.245/95 não se aplica aos Juizados Especiais Cíveis, aos quais caberia a apreciação das causas previstas na primitiva redação do mesmo art. 275, II do Código de Processo Civil.

A posse, diante da sua grande importância, ensejou que o Código Civil de 1916, trouxesse em seu texto diversos artigos de natureza processual, de vigência nacional, vez que no momento de sua elaboração e início de vigência, não existia um Código de Processo Civil único para todo o país diante do fato de que, então, cada Estado da Federação, possuía seu próprio Estatuto de Rito Cível .

A posse, antes de mais nada, é um vocábulo que pressupõe o poder físico de alguém sobre uma determinada coisa; é o “estado de quem frui uma coisa, ou a tem em seu poder”¹⁸. A posse preexiste ao ordenamento Jurídico, e mesmo sem ele/ordenamento a posse existirá .

O nosso vigente Código Civil, considera possuidor, “*todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade*”¹⁹. Por ilação lógica, inclusive diante do conceito que é dado à posse, a perda da posse ocorrerá

¹⁷ Theotonio Negrão, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 34 ed., São Paulo: Saraiva, 2002

¹⁸ In MICHAELIS: *Moderno dicionário da língua portuguesa*/São Paulo: Companhia Melhoramentos,1998.

¹⁹ Art.1.196 do *Código Civil*.

quando cessar, mesmo que contra a vontade do possuidor, o poder do dele/possuidor sobre o bem/coisa²⁰.

Maria Helena Diniz²¹, em seu Código Civil Anotado, citando *Rudolf Von Jhering*, leciona que “a posse é a exteriorização ou visibilidade do domínio, ou seja, a relação exterior intencional existente normalmente entre a pessoa e a coisa, tendo em vista a função econômica desta”

A posse, que em seu sentido *próprio* ou *técnico*, é o pleno exercício, de fato, dos poderes constitutivos do domínio, ou de alguns deles ; é a exteriorização da conduta de quem procede como normalmente age o dono .

A posse mereceu e merece, até hoje, estudos de diversos doutrinadores, das mais diversas matizes, contudo, os Juristas que mais profundamente dissecaram tal instituto, e se tornaram reconhecidos por tal dedicação, foram Friedrich Karl Von Savigny , nascido em 1779 e falecido em 1861, e que foi o primeiro Titular da cadeira de Direito Romano da Universidade de Berlin, isto em 1810; e Rudolf Von Jhering, que nasceu em 1818 e faleceu em 1892, e foi Doutor em Direito Romano pela Universidade da Basileia.

Foi Rudolf Von Jhering o primeiro defensor da teoria subjetiva da posse em sua obra *Traité de la possession en droit romain*, condicionando a existência da posse na conjunção do *corpus* e do *animus*.

Karl Von Savigny, idealizador da teoria objetiva da posse, por ele denominada como a “teoria simplificada da posse”, que influenciou a redação do artigo 485 do nosso Código Civil de 1916, que deliberava: “ Considera-se possuidor todo aquele que tem de

²⁰ Art.1.223 do Código Civil: “Perde-se a posse quando cessa, embora contra a vontade do possuidor, o poder sobre o bem, ao qual se refere o artigo 1.196”.

²¹ Diniz, Maria Helena: *Código civil anotado*/9ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2003.p.751.

fato o exercício, pleno, ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio, ou propriedade”.

O Código Civil de 2002, também consagrou a “teoria simplificada da posse” em seu artigo 1.196, que estatui: “Considera-se possuidor, todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”.

Pela leitura de tais artigos se evidencia que não é de hoje que a posse e a propriedade estão ligadas e guardam entre si grande relação de interdependência.

Rudolf Von Jhering, na obra acima referida, ressaltando tal relação de interdependência, e fazendo uso de metáforas, ensina que a propriedade sem a posse, seria como o tesouro guardado em uma arca, sem que o dono da arca tivesse a chave da mesma, impossibilitando, destarte, o acesso ao interior da arca ; seria como alguém ser dono de uma árvore frutífera, carregada de frutos, sem que tivesse uma vara ou escada para apanhá-los ...

Ou seja, a posse e a propriedade caminham juntas, são irmãs siamesas.

Contudo, teorias a parte, não se pode negar que a posse é um fato natural com reflexos vários no mundo jurídico; repito, com reflexos vários no mundo jurídico, eis que é um estado de *fato* (note-se que, tanto o artigo 485 do Código Civil de 1916, e o artigo 1.196 do Vigente Código Civil, acima transcritos, referem-se a *fato*), e tal estado de *fato* tem a sua manutenção, a sua sobrevivência garantida por lei. Tal garantia se dá por intermédio dos *interditos*.

Os interditos nada mais são que os institutos mediante os quais se concedem várias formas de proteção.

Muitos dos interditos romanos, *interdicto retinendae possessionis* ou *interdicto uti possidetis*²², *interdicto unde vi* ou *interdicto recuperandae possessionis*²³, *interdicto adipiscendae possessionis*²⁴, *interdicto quod vi aut clam*²⁵, etc, se encontram vigindo até os dias de hoje, não somente no Brasil, mas em vários países do globo.

Os interditos possessórios estão previstos em quase todos os ordenamentos do globo, quase sempre para bens móveis e imóveis, contudo, existem países como França, em que os interditos protegem tão somente os bens imóveis

No Brasil, o Código de Processo Civil contempla os ritos relativos à proteção da posse a partir do seu artigo 920, se estendendo até o artigo 933, e tais dispositivos processuais se fundam no direito subjetivo que o possuidor detém sobre a coisa, contra a sociedade, vez que tal direito poderá ser exercido *erga omnes*, por intermédio dos interditos previstos na nossa legislação.

O direito subjetivo no qual se fundam tais ritos possessórios, enseja o que na Doutrina se denomina de “efeitos da posse”, que na prática, são, as conseqüências e prerrogativas do disposto no artigo 1.210 do Novo Código Civil, cujo teor é o seguinte: “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”.

Tal dispositivo não difere muito dos artigos 499 e 501 do Código Civil de 1916, lançados da seguinte forma : Art. 499 do Código Civil de 1916: “O possuidor tem direito a ser mantido na posse, em caso de turbação, e restituído, no de esbulho”; Art.501 do CC de 1916: “O possuidor, que tenha justo receio de ser molestado na posse , poderá impetrar ao juiz que o segure da violência iminente, cominando pena a quem lhe transgredir o preceito”. Tais efeitos, mencionados no artigo 1.210 do Código Civil de 2002; e artigos 499 e 501 do

²² O mesmo que ação de manutenção de posse

²³ O mesmo que ação de força espoliativa ou de reintegração de posse

²⁴ O mesmo que ação de imissão de posse

²⁵ O mesmo que ação nunciação de obra nova

Código Civil de 1916, são a própria essência da posse, e implicam na defesa contra violação ou ameaça daquela situação fática acima tratada, chamada posse.

Quanto à figura do possuidor, o Código Civil, no seu artigo 1.197, que guarda equivalência com o artigo 486 do Código Civil de 1916, prevê a existência dos possuidores direto e indireto (em relação a esta categoria, pode haver mais de um possuidor indireto, no mesmo grau ou hierarquicamente). A função do possuidor indireto, no juízo possessório, como ensina Arruda Alvim²⁶, é a de poder agir em relação à posse (que é de fato, como situação possessória visível, a situação do possuidor direto). Ou seja, em havendo legitimidade, tanto do possuidor direto quanto do indireto em relação às possessórias, ocorre o fenômeno da legitimação concorrente. A posição processual do possuidor indireto pode ser considerada em relação a demandas possessórias em que se vê a posse, como situação de fato, objeto da defesa, como a de legitimação extraordinária substituta processual. Mas o que parece mais consentâneo é admitir tratar-se de legitimação concorrente, dado que o possuidor indireto, nos termos da lei, possuidor também é.

Cumpramos examinar, neste primeiro momento, a situação da composses, que é havida na doutrina e legislações como uma situação indivisível. Essa é abordada em função do âmbito maior do artigo 1.314 do Código Civil que não se refere somente à proteção da situação de composses, senão que, também, a outra situação de indivisibilidade.

Determina o artigo 1.314 do Código Civil que : “Cada condômino pode usar da coisa conforme sua destinação, sobre ela exercer todos os direitos compatíveis com a indivisão, reivindicá-la de terceiro, defender a sua posse e alhear a respectiva parte ideal, ou agrava-la”. Esta norma do artigo 1.314 aglutina em seu texto a situação de mais de uma pessoa titular de uma situação atualmente indivisível. Essa norma se refere precipuamente a possuidores do mesmo grau. O parágrafo único do artigo 1.580, do Código Civil de 1916 previa a legitimidade concorrente dos co-herdeiros para reivindicar a totalidade da herança, ao passo

²⁶ Arruda Alvim, Eduardo . “Defesa da Posse e ações Possessórias” - Revista de Processo, vol.114, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004, p.28

que o artigo. 1.791, do atual Código, exclusivamente estabelece a indivisibilidade da herança (o artigo. 1.791, parágrafo único, dispõe: “Até a partilha, o direito dos co-herdeiros, quanto à propriedade e posse da herança, será indivisível, e regular-se-á pelas normas relativas ao condomínio”). Ao herdeiro como condômino, é atribuída a legitimidade para exercer todos os direitos compatíveis com a indivisão, e, pois, reivindicar a herança, defender a posse e alhear ou gravar a parte ideal.

Devemos lembrar que a indivisibilidade do direito dos herdeiros até a partilha, estabelecida pelo *caput* do artigo 1.580 do Código Civil de 1916 é seguida da legitimidade prevista no parágrafo único do artigo 1.580 do mesmo código, ou seja, a legitimação concorrente de qualquer co-herdeiro para a propositura das ações, sem que o terceiro pudesse opor a um co-herdeiro *o caráter parcial do seu direito nos bens da sucessão*.

A antiga regra do artigo 623, II e a do artigo 634, ambos do Código Civil de 1916, configuravam – como faz o atual texto do artigo 1.314 do Código Civil – uma hipótese de legitimação concorrente, dado que cada condômino ou cada possuidor poderia, como hoje pode, reivindicar ou defender a posse. Mas, parece que nesta hipótese existe legitimidade própria, em relação à quota parte do possuidor, mas, em relação aos demais, ou, às demais partes, há substituição processual. Mais ainda: cada um desses pode, seja condômino ou co-possuidor, reivindicar ou defender a respectiva posse *do todo*, ou seja, reivindicar a coisa do condomínio ou o objeto da posse, em que há, em uma e outra situação, pluralidade de cotitulares. O texto do artigo 1.314 do vigente Código Civil aplica-se tanto no caso de mais de um possuidor indireto, quanto no de mais de um possuidor direto. A hipótese do artigo 1.197 do Código Civil enseja a propositura de ação possessória tanto pelo possuidor indireto, como pelo direto, um contra o outro. A do art. 1.314 admite que um co-possuidor indireto proponha a ação, individualmente; e, a mesma coisa se passa com o co-possuidor direto. Subjacentemente a esse texto do artigo 1.314, e, aos anteriores do Código Civil de 1916, está a indivisibilidade do direito, da qual, portanto, deflui que cada titular fica legitimado para reivindicar ou defender a posse inteira da coisa, justamente pela aludida situação de indivisibilidade desta. De ser visto que no artigo 1.314 do vigente Código Civil, há referência a essa mesma característica – tal como constava do ordenamento anterior, em que era explícito a respeito, o artigo. 1.580,

rezando ser “indivisível o seu direito”, e, ainda, o artigo. 623. III, referindo-se à “parte indivisa” -, dado que aí constava que cada condômino poderia exercer os seus direitos, em relação à coisa, *compatíveis com a indivisão*. É certo que, se um possuidor direto ou indireto propuser a ação, o outro ou os demais, poderão ingressar no processo como assistentes litisconsorciais.

De bom alvitre lembrarmos que o artigo 926 do Código de Rito Cível delibera que “o possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação e reintegrado no de esbulho” .

A violação e ameaça são situações diversas, e que implicam em ações possessórias específicas, que têm caráter próprio e rito especial: Os interditos possessórios.

Em resumo, o possuidor que tem esse fato natural (posse) que gera reflexos vários no mundo jurídico, tem a prerrogativa de defender a posse contra quem injustamente venha tentar, de qualquer forma, prejudicar o exercício da sua posse. Os efeitos da posse nada mais são, como dito acima, do que a essência da posse.

De que adiantaria se ter a posse, na hipótese de não existir uma forma de defender tal posse. Então o vigente Código Civil no art. 1.210 determina que o possuidor tem direito a ser mantido na posse que detêm. Por exemplo: Se alguém exerce a posse sobre uma gleba de terra, tem o direito, como será visto adiante, de ser mantido na sua posse em caso de turbação, restituído no caso de esbulho, e segurado da violência iminente, próxima, presente, se tiver um justo receio de ser molestado. Destarte, os artigos 499 e 501 do Código Civil de 1916, que quando juntos, não diferem do artigo 1.210 do Código Civil vigente, refletem a importância da posse, e a não menos importante possibilidade da sua defesa .

O que faz a posse importante, juridicamente falando, é a possibilidade do possuidor poder defendê-la, e o artigo 926 do Código de Processo Civil, garante ao possuidor a possibilidade prática de tal defesa, seja mantendo-o, reintegrando-o e garantindo-o na sua posse. Tal artigo 926 do Código de Rito, é uma norma original do Código de 1973, que

repetiu o que já era previsto no Código Civil de 1916 , até porque como dissemos acima, o Código Civil de 1916 foi feito quando não existia um único Código Processual para todo o Brasil; eram diversos Códigos de Processo Civil vigorando de forma concomitante no país. Logicamente que, em cada situação dessa: Turbação, esbulho ou ameaça vai surgir um remédio próprio pra cada hipótese, cada situação, ou seja, os efeitos da posse, repito, serão a própria essência dela/posse, porque vão implicar na defesa da posse por quem está para perdê-la, a perdeu, ou está tendo o seu exercício prejudicado. Então estas situações que impliquem em reintegração, impliquem em manutenção, ou impliquem em interdito proibitório vão fazer com que surjam processos de rito especial, caráter próprio que vão a posse defender.

Capítulo I I - DEFESA PROCESSUAL DA POSSE

2.1 PETITÓRIA E POSSESSÓRIA

Não se deve confundir o juízo petitório com o juízo possessório, vez que ambos são coisas distintas, no juízo possessório é a posse que está em jogo, a posse é tratada como fato e também como fim a ser alcançado. Tito Fulgêncio, tratando dos processos petitório e possessório, ensina que “o possuidor é protegido pelo simples fato de o ser; a ação possessória é independente distinta da petitória; aquela se apóia na posse como puro estado de fato, a última tem por fundamento a ofensa de um direito”²⁷

As ações petitórias tem por objeto o reconhecimento e a outorga à pessoa que a intenta, no seu *jus in re* (domínio), mantendo-o integral e livre de qualquer importunação. O direito de domínio é o seu fundamento. E se mostra, assim, a ação própria para a defesa e garantia da propriedade; a posse é garantida pela propriedade, e em nome dela é que a posse é outorgada.

Serão petitórias, pois, todas as ações formuladas nesse sentido, desde que pretendam defender o direito de propriedade ou de qualquer outro direito real, que se tenha violado ou se pretenda violar, para que seja reconhecido, protegido, e possa ser livremente exercido. Temos como ações petitórias as de reivindicação, negatória e confessória.

²⁷ Fulgêncio, Tito, Da Posse e das Ações Possessórias, vol.1, 7ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1959.p.281

Lado outro, as ações possessórias têm como objetivo a proteção da posse. Vale salientar que o possuidor pode intentar uma possessória até mesmo contra o proprietário do bem por ele possuído, mas, o objetivo das ações possessórias não é o de discutir propriedade daquele bem. Em sede de possessórias, a posse (a sua defesa, manutenção ou restituição) é o pedido, é o que é buscado; e a existência prévia dela é a causa e pedir.

Finalmente, é possível dizer que as ações possessórias diferenciam-se das ações petitorias na medida em que as primeiras têm como causa de pedir o *jus possessionis* (a posse como fato), e visam à manutenção ou à reintegração da posse sobre a coisa, enquanto as últimas têm como causa de pedir o *jus possidendi* (a propriedade) e visa ao reconhecimento do direito de gozar, fruir e dispor da coisa.

Delibera o artigo 923 do Código de Processo Civil, que “na pendência do processo possessório, é defeso, assim ao autor como ao réu, intentar a ação de reconhecimento do domínio”. Tal proibição, não obsta que em existindo uma possessória em que tanto a parte autora quanto a parte ré se digam detentoras do domínio, tenha o magistrado que deferir a posse a quem efetivamente detenha o domínio, nos moldes da Súmula 487 do Supremo Tribunal Federal²⁸.

²⁸ Súmula 487 do STF: “Será deferida a posse a quem evidentemente tiver o domínio se com base nela for ela disputada”

2.2. MEIOS PROCESSUAIS

Antes de tratarmos dos três interditos de *per se*, reputamos interessante a leitura do fragmento abaixo transcrito, na brilhante obra do não menos reluzente pernambucano Luiz Pinto Ferreira²⁹, relativo ao surgimento da posse:

“Durante as suas conquistas, os romanos reservavam parte das terras ocupadas para a construção de cidades e parte para o uso privado dos cidadãos. Entretanto, as vistorias sucessivas faziam com que as áreas destinadas às cidades se multiplicassem em demasia, tornando-se por vezes inproveitadas e improdutivas. Daí lotearem essas áreas em pequenas glebas, denominadas *possessiones*, atribuídas aos cidadãos a título precário. Os concessionários não podiam usar a *reivindicatio* para defendê-las como se fossem proprietários; entretanto, para que não ficassem indefesos, o que seria iníquo, criou-se um processo especial para a proteção dessas terras, a saber, o interdito possessório.”

Em seguida, há de ser atentado que o Código de 1916, já previa³⁰, e o atual Código continua a prever³¹, a figura da legítima defesa da posse e do desforço possessório, que garantem ao possuidor a possibilidade dele, fazendo uso de suas próprias forças, praticamente por suas próprias mãos, defender a sua posse. Tal hipótese, poder-se-ia dizer tratar-se de auto tutela, o que não é regra; a auto tutela é exceção, vez que, em quase todo

²⁹ Ferreira, Luís Pinto. *Posse, ação possessória e usucapião*. São Paulo: Editora Saraiva. 1980. p.21 e 22

³⁰Código Civil de 1916 : Art.502 “O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se, ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo.”

³¹Código Civil de 2002 : Art. 1.210, parágrafo 1º do NCC: “O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse .”(grifei)

ordenamento jurídico moderno, mormente ocidental, a figura da auto tutela foi abolida, e por conseguinte, não é utilizada. Mas existem casos excepcionais, como este, onde é possível que a pessoa fazendo uso dos meios proporcionais à necessidade recupere a sua posse - por exemplo: Se uma pessoa necessita, para tirar um invasor de sua propriedade/posse, apenas conversar, ele não vai chegar lá com uma metralhadora e atirar inadvertidamente contra aquele invasor. É essencial que se tome cuidado para que a ação calcada no artigo 1.210, § 1º do Código Civil (de *legítima defesa* ou *desforço*- que são coisas diversas) seja exercida de forma proporcional à necessidade.

A defesa é exercida quando a posse é ameaçada, ou seja está havendo ameaça e o possuidor vai defendê-la, representa uma verdadeira resistência contra o ato ilegal, ilegítimo; enquanto que, o desforço é quando já aconteceu a perda da posse. Se de alguma forma foi perdida a posse, então quem a perdeu poderá fazer uso do desforço, desforço imediato. É evidente que tais atitudes calcadas no artigo 1.210, § 1º do Código Civil, tem muitas implicações sociais e muitas implicações políticas. De ser notado que tanto o texto do artigo 1.210, § 1º do Código Civil, quanto o texto do artigo 512, do Código Civil de 1916, trazem a locução “logo”. Esse logo é subjetivo, e estará caracterizado, tendo em vista as peculiaridades do caso concreto da questão posta em juízo, até porque, nem sempre a notícia da turbação ou esbulho guarda instantaneidade em relação ao momento fático da ocorrência.

A parte final do artigo 1.210, § 1º do Código Civil, trouxe uma inovação, quando expressamente delibera que os atos de defesa, ou de desforço imediato, praticados pelo turbado ou esbulhado, solitariamente ou mediante auxílio de terceiros, não podem ir além do indispensável à defesa ou restituição da posse³², pois se tais atos forem além do indispensável,

³² “TUTELA RESSARCITÓRIA - ABUSO DE DIREITO - Recurso inacolhido. Pressupõe o desforço necessário a existência de esbulho ou turbação, cujo ato, se indispensável, precisa ser imediato e chefiado pelo possuidor. Inatendidos esses requisitos, há ilícito decorrente do irregular exercício de direito, acarretando a obrigação de indenizar. (Apelação cível nº 34.441, 1ª Câmara Civil do TJSC, São Francisco do Sul, Rel. Des. Francisco Oliveira Filho, 30.10.90, Publ. no DJESC nº 8.131 - Pág 05 - 16.11.90).

poderá restar caracterizado o ilícito penal, previsto no artigo 345 do Código Penal Brasileiro³³, no caso, o exercício arbitrário das próprias razões. Destarte, aquele que desejar fazer uso da prerrogativa do artigo 1.210, § 1º do Código Civil, há de agir rapidamente, com moderação e equilíbrio para não restar caracterizado o exercício arbitrário das próprias razões.

Feitas tais considerações sobre a possibilidade da defesa e do desforço possessório, visando a proteção da posse, o nosso ordenamento processual prevê três institutos, também denominados, em virtude da sua origem romana, de *interditos possessórios*: A manutenção, a reintegração e o interdito. Aqui no Brasil, há quem os chame de “remédios possessórios”, até porque eles visam remediar uma situação que põe em risco a saúde da posse, ou então situações que estão para por em risco tal saúde; apenas para ilustrar, lembramos que no Direito Processual Português os interditos recebem a designação de “meios possessórios”.

Os interditos possessórios têm fundamento no artigo 1210 do Código Civil, que delibera que : “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 .” Tal dispositivo garante ao possuidor o direito de buscar o Estado Juiz para sanar um problema que porventura venha à ocorrer em sua posse. Todos os três institutos, como já antes referido, têm origem no Direito Romano³⁴.

As ações possessórias têm natureza dúplice, não se distinguindo a posição ativa da passiva, entre os sujeitos da relação possessória. É a norma do art. 922 do Código de Processo Civil, quando enuncia que o réu, na contestação, demanda a proteção possessória. Fica afastada a reconvenção, porque o demandado pode pedir, na contestação, a tutela possessória e indenização. A contra-ação não será necessariamente idêntica àquela ajuizada

³³ Artigo 345 do Código Penal : Fazer Justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite:

Pena: detenção, de 15(quinze) dias a 1(um) mês, ou multa, além da pena correspondente à violência .

Parágrafo único: Se não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa.

³⁴ Vide capítulo I. supra

pelo autor. Falamos, então, que se trata de *actio duplex*³⁵, que tem, por conseguinte efeito dúplice³⁶.

Nos interditos possessórios a lei exige que o autor comprove a prova da data do fato, pois dela depende o procedimento adotado(Art. 924 do C.P.C.)³⁷, assim se a turbação ou esbulho aconteceu antes de um ano e dia do ajuizamento da ação será deferido o pedido liminar acaso requerido.

As ações de manutenção e reintegração de posse variam de rito conforme sejam intentadas dentro do prazo de ano e dia da turbação e esbulho, ou depois de ultrapassado este prazo. Assim quando for intentada no prazo terá o nome de ação possessória de *força nova*, entretanto, se for superior o prazo terá ação possessória de força velha. Importante a lembrança de que tal prazo é decadencial.

A ação de força nova é de procedimento especial, e a de força velha procedimento ordinário consoante determinação do já referido artigo 924 do Código de Processo Civil.

A diferença entre o procedimento de força nova e o de força velha, reside tão somente na possibilidade ou não de ser obtida a medida liminar de manutenção ou reintegração de posse em favor do autor, porque, a partir da contestação, também ação de força nova segue o procedimento ordinário (art. 931, C.P.C.).

³⁵ VIANA, Marco Aurélio S. Curso de Direito Civil, v. 3. Belo Horizonte. Del Rey, 1993, p. 79.

³⁶ “AÇÃO DE MANUTENÇÃO DE POSSE. CASEIRO. EFEITO DÚPLICE DA PROTEÇÃO POSSESSÓRIA. Não é possuidor, aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome desse e em cumprimento de ordens ou instruções suas” (CC, art. 487). A lei tornou dúplice a ação possessória, ao permitir que o juiz, no mesmo processo e independentemente de reconvenção, dispensasse a proteção possessória ao réu, se ele a requer para si a prova os requisitos que normalmente se exigiriam do autor”. (Adroaldo Furtado Fabrício, Comentários..., vol. VIII, tomo III, 5a. ed., 1993, p. 294). (Apelação cível nº 44.495, 4ª Câmara Civil do TJSC, Florianópolis, Rel. Des. Francisco Borges, 23.06.94, publ. no DJESC nº 9.025 - Pág 10 - 07.07.94)

³⁷ Art.924 do C.P.C. Regem 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.

A Manutenção de posse(*interdicto retinendae possessionis* ou *interdicto uti possidetis*), que Nelson Nery Júnior³⁸ chama de um “normalizador” da posse, é aplicável quando o possuidor tem algum problema, alguma dificuldade para exercer a sua posse, e necessita que tal problema seja sanado para então ser normalizado o exercício da sua posse, razão pela qual Nelson Nery, trata tal instituto como normalizador da posse.

O mesmo autor designa a Reintegração(*interdicto unde vi* ou *interdicto recuperandae possessionis*) como sendo um “corretivo”; ou seja, a Reintegração de Posse - que também poder-se-ia chamar de Reintegração “na posse”- para Nelson Nery, seria um corretivo. E de fato o é, na medida em que, se alguém perde a posse de um imóvel, este alguém tem que ir buscar uma correção, um remédio, sendo tal correção, a própria Reintegração.

O terceiro instituto possessório é justamente o Interdito Proibitório, disciplinado pelos artigos 932 e 933 do Código de Processo Civil³⁹.

Tal interdito é o meio pelo qual o magistrado, no processo respectivo, fixa uma pena, com preceito cominatório, no caso de vir a ocorrer a turbação iminente ou vir a ocorrer o esbulho igualmente iminente. De ser lembrado que o artigo 501 do Código Civil de 1916, já deliberava que: “O possuidor, que tenha justo receio de ser molestado na posse, poderá impetrar ao juiz que o segure da violência iminente, cominando pena a quem lhe transgredir o preceito”.

O esbulho que é a mais grave das violações à posse, foi assim conceituado por Clóvis Beviláqua: “É a injusta a privação da posse sofrida por aquele que a tem”⁴⁰. Tal conceito erigido há mais de cinquenta anos continua deveras abrangente e atual.

³⁸ NERY Júnior, Nelson : Código de processo civil anotado e legislação processual civil extravagante em vigor, 3ª Edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

³⁹ Art.932 do C.P.C.: “O possuidor direto ou indireto, que tenha justo receio de ser molestado na posse, poderá impetrar ao juiz que o segure da turbação ou esbulho iminente, mediante mandado proibitório, em que se comine ao réu determinada pena pecuniária, caso transgrida o preceito”.
Art.933 do C.P.C.: “Aplica-se ao interdito proibitório o disposto na seção anterior”.

Na reintegração, alguém que tem a posse sobre um determinado bem, injustamente perde tal posse, e diante de tal perda, vai querer voltar ao *status quo ante*, ou seja voltar à exercer a posse que perdera. Para tal retorno, o remédio é a reintegração de posse. Então, havendo esbulho, este terá como “remédio” uma Reintegração, pois é este o meio para se voltar ao *status* anterior, em suma, a posse vai voltar para as mãos do esbulhado.

A previsão legal para tal instituto se encontra no *caput* do supra referido artigo 1.210 do Código Civil : “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”. Tal previsão do atual Código Civil, não difere do que estatuiu o artigo 499 do Código Civil de 1916: “O possuidor tem direito a ser mantido na posse, em caso de turbação, e restituído, no de esbulho”. Tal previsão do Código Civil de 1916, é idêntica à determinação do artigo 926 do Código de Processo Civil⁴¹.

Apresentado o conceito de esbulho, necessário se faz tratar da turbação. A turbação é uma violação menos grave à posse. Para Clóvis Beviláqua, a turbação “é todo ato praticado contra a vontade do possuidor, que lhe perturbe o gozo da coisa possuída, sem dela o desapossar”.⁴²

O conceito de Clóvis Beviláqua supra transcrito ainda hoje, permanece atual; então, é possível e correto se dizer que: Todo o ato praticado contra a vontade do possuidor que lhe perturbe o gozo da coisa possuída, sem dela o desapossar, seria um ato turbativo. *vg*: a hipótese de uma pessoa que proíbe o possuidor de entrar na sua propriedade, pois tal pessoa está na porta de entrada de tal propriedade, e não deixa o possuidor adentrar na sua posse para perfeitamente exercê-la. Tal atitude seria um ato turbativo negativo, vez que ele/turbador não deixaria o possuidor entrar em suas terras/posses. Ao passo que, se uma pessoa

⁴⁰ BEVILAQUA, Clovis: Direito das coisas, Vol. I. São Paulo, Ed. Livraria Freitas Bastos, 1951, p.69.

⁴¹ ART. 926 do C.P.C.: “ O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação e reintegrado no de esbulho” .

está entrando nas terras/posses de outrem, sem a devida autorização, e lá está cultivando um roçado de milho, repetimos, sem autorização, então ele está impedindo que o possuidor possa plantar outra cultura na sua terra, já que ele/turbador, está plantando milho, plantou e foi embora, sem que ele estivesse se apossado diretamente naquelas terras, mas ele está indo, entrando e saindo, está praticando um ato turbativo positivo, logicamente, por ação.

Resta assim evidente que o ato do turbador, capaz de ensejar o *interdicto retinendae possessionis* ou *interdicto uti possidetis*, há de ser um ato ilícito; sobre tal matéria assim leciona o clássico civilista Tito Fulgêncio⁴³: “Finalmente, cumpre observar que, para ser um ato considerado turbação de posse, é mister que seja uma via de fato ilícito, a dizer, que o seu autor tenha agido ilegalmente. Não o diz expressamente o nosso Código, como o faz o alemão(art. 858), mas é do sistema ”

Então, em havendo a turbação, há de ser intentada uma ação de manutenção de posse, onde o autor, pela mão do Estado-Juiz terá a sua posse exercida plenamente, vez que, o magistrado fará cessar os atos de perturbação à posse dele autor/turbado.

No que diz respeito à ameaça, como o nome já diz: O legítimo possuidor que estiver sendo ameaçado ou estiver para sofrer uma violência iminente, próxima, pede ao juiz que ele lhe acautele. Eis aí o interdito proibitório, que detêm um caráter preventivo, pois visa impedir que se concretize uma ameaça à posse.

De ser notado que tal cautela não implica em qualquer procedimento específico(cautelares - arts.796 e seguintes do C.P.C.), em que pese ser uma medida acautelatória, onde o juiz determina que a pessoa deixe de fazer algo: Deixe de ameaçar, ou deixe de tentar invadir “*sob pena de...*”.

⁴² Bevilacqua, Clovis: Direito das coisas, Vol. I. São Paulo, Ed. Livraria Freitas Bastos, 1951, p.62.

⁴³ Fulgêncio, Tito: Da Posse e das Ações Possessórias, vol I, Forense, 9ªed., 1995, p.104.

Note-se aí o preceito cominatório de fixar uma pena pecuniária para que seja cumprida a determinação judicial, e fazendo isso vai se evitar que ocorra turbação, e vai se evitar que ocorra o esbulho.

São requisitos para aplicação do interdito proibitório; a) A posse atual do autor, quer posse direta⁴⁴ quer posse indireta⁴⁵, consoante o artigo 932 do Código de Processo Civil; b) A ameaça de turbação ou esbulho por parte do réu que intima ligação ao justo receio de que seja efetivada, ou seja não é qualquer ameaça que enseja a propositura desta ação.

Finalmente há de ser lembrado que o Superior Tribunal de Justiça não admite, pela sua Súmula de número 228 a utilização de interdito possessório para a proteção de direito autoral.⁴⁶

⁴⁴ “Posse imediata. Na posse graduada, aquela que está fisicamente mais próxima da coisa”(Cunha Sérgio Sérvulo. Dicionário compacto do direito. 2ª ed.ver. e ampl.-São Paulo:Saraiva,2003)

⁴⁵ “Posse mediata. Na posse graduada, aquela que está fisicamente mais distante da coisa” (Cunha Sérgio Sérvulo. Dicionário compacto do direito. 2ª ed.ver. e ampl.-São Paulo:Saraiva,2003)

⁴⁶ “é inadmissível o interdito possessório para proteção de direito autoral”

2.3 CONVERSÃO DE UMA POSSESSÓRIA EM OUTRA

Uma interessante peculiaridade das ações possessórias, é aquela que possibilita o juiz decidir o pleito possessório dentro da tríplice divisão esbulho, turbação e proteção da posse. Vale dizer: o autor dirige-se ao juiz pedindo proteção possessória independente da hostilidade descrita na inicial, que pode aumentar ou diminuir no curso do processo, competindo ao juiz decidir diante do princípio da fungibilidade prevista no artigo 920 do Código de Processo Civil⁴⁷.

De ser notado que durante muito tempo entendeu-se que o erro na denominação da ação possessória importava nulidade; todavia os tribunais em comportamento pretoriano, reagiram, vindo a admitir uma ação possessória em lugar de outra. Esse comportamento resultou refletido em normas dos códigos estaduais, e posteriormente possibilitaram a atual previsão legal do artigo 920 acima referido

⁴⁷ ART.920 do C.P.C. *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.*

O princípio da fungibilidade em sede de procedimentos possessórios, não difere muito do princípio da fungibilidade aplicável aos recursos, sendo que em se tratando de possessórias, a propositura de uma possessória, em vez de outra, não obstará que o juiz conheça do pedido e outorgue a proteção legal correspondente aquela cujos requisitos estejam comprovados-chamo à atenção para o fato de ser exigida a propositura de uma possessória em vez de outra possessória. Ora, é sabido que o juiz deve conhecer o direito(*jura novit curia*: O Tribunal/Juiz conhece os direitos), certo é também que existe outro brocardo essencial ao entendimento de tal princípio pertinente à petição inicial, que é aquele que estatui: Diga-me o fato que lhe direi o direito (*da mihi factum, dabo tibi jus*). Partindo de tais premissas, evidencia-se que : O juiz tem que saber o fato e de acordo com o fato localizar a norma, e aplicar o direito.

O espectro da fungibilidade refere-se tanto ao erro na indicação da ação quanto na identificação dos fatos, como, ainda nele está implícito que a ação deve ser aproveitada se se alterarem os próprios fatos.

Sem embargo de haver esta correlação entre os ilícitos e as ações cabíveis, em relação a esses, acentue-se que o equívoco ou o erro na indicação da ação, não causa prejuízo, em face da regra do já falado artigo 920 do Código de Processo Civil. Em face desse artigo portanto, é admitida a fungibilidade não só se houver erro na indicação da ação, em relação ao tipo de ação em função do histórico que dela consta, como, mas também se a situação de fato alterar-se, sobrepondo-se ao histórico originário, exato em dado momento, mas com outra ulterior situação modificativa da precedente. É a essas situações que se refere o artigo 1.210 do Código Civil, como suscetíveis de serem “intercambiáveis” no plano do processo (correspondiam-lhes os artigos 499 e 501 do Código Civil de 1916, pois se desmembrava a proteção em relação ao temor de ato contra a posse, para o âmbito do art. 501 do mesmo código).

Se aplicam esses dois axiomas(*jura novit curia* e *da mihi factum, dabo tibi jus*) na implementação do princípio da fungibilidade, também, porque a posse, não é

matéria de simples entendimento e elucidação, e o próprio Clóvis Beviláqua, ao encaminhar, em 1899, o anteprojeto para o esboço do processo legislativo, daquele que seria mais tarde o primeiro Código Civil brasileiro, já asseverava que a posse era uma matéria que resistia à penetração da análise, e à elucidações da doutrina.

Tal dificuldade, aliada à grande importância da posse no mundo jurídico, foi que fez com que o legislador anteviesse a possibilidade de um advogado, mesmo sendo um advogado com muito preparo jurídico, e até o magistrado se depararem com uma situação em que eles não possam aquilatar-*a prima facie*- se um determinado caso seria uma turbação, ou seria um esbulho, consagrando-se pois, assim, o princípio da fungibilidade. É a hipótese, por exemplo, em que a questão de fato, esteja a causar uma turbação, e a vítima de tal turbação, por seu causídico, distribui uma ação de reintegração de posse, sem que seja narrado na propositura qualquer esbulho; cabe ao juiz, após a verificação de tal equívoco, receber tal ação de reintegração de posse como uma ação de manutenção. Ou seja, a propositura de uma possessória em vez de outra, fará com que o juiz receba a possessória com este ou aquele nome, sempre de acordo com o fato narrado na vestibular. Lembramos que tal hipótese diz respeito a possessórias; não é possível, o juiz receber uma possessória como sendo petítória porque são coisas totalmente diversas, como já referido acima. Assim, admite-se a conversão de uma possessória em outra, descabendo, todavia, a conversão de uma possessória em petítória; se houver alteração no curso da lide, igualmente, beneficia-se o possuidor com a conversão da ação; igualmente reputo possível a conversão de interdito proibitório em reintegração de posse.

A fungibilidade deve ter sua aplicação também à contestação do réu, quando aí peça uma proteção, que poderá ser deferida como outra, abrigada esta possibilidade pelo princípio da igualdade.

Quanto a questão da fungibilidade agora tratada, deveras elucidativo o voto proferido pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, do Superior Tribunal de Justiça-STJ nos autos do Recurso Especial de número 32.143-PA, por ele relatado, cujo fragmento transcrevo abaixo:

“Quanto ao art. 920, CPC, doutrina Furtado Fabrício :

“ Estabelecido que o disposto na artigo alcança todas as ações possessórias, convém que se tenha em mente, por outro lado, que abrange só as ações possessórias em sentido estrito, isto é, as tratadas neste capítulo. A norma legal não autoriza, de modo algum, o ‘aproveitamento’ do interdito possessório erroneamente utilizado para entregar-se ao autor prestação jurisdicional de natureza não possessória. E, para esse efeito, só se consideram as três modalidades contempladas no capítulo, de modo que a abrangência do artigo não apenas é insuficiente para alcançar os chamados juízos petitórios como não basta sequer para atingir as ações que, embora de índole possessória por seu conteúdo, não foram incluídas pelo Código no correspondente elenco, como nos embargos de terceiro possuidor e a ação de nunciação de obra nova fundada em posse” (Comentários ao Código de Processo Civil, v.VIII, 6ª ed.,Forense, 1994, n. 322, p. 360)⁴⁸ .

No mesmo sentido, dentre outros, Renato Riotaro Takiguthi, “Instituições”, saraiva, 1977, p. 22, Pontes de Miranda e Moniz Aragão, em seus respectivos comentários, pela Forense, ao art. 250, CPC.

Impossível, assim, em linha de princípio, a conversão da ação petitória em ação possessória, tendo em vista que não se trata de mera questão de forma, mas de fundo, a envolver causas de pedir e pedidos diversos. Enquanto a primeira é manejada pelo que tem propriedade buscando a posse, na segunda torna-se dispensável perquirir se o demandante é o titular do domínio do bem, sendo necessário averiguar, tão somente, a sua condição de possuidor que teve a posse ameaçada, turbada ou esbulhada.

O extinto Tribunal Federal de Recursos, nos EAC 42.846-RJ (DJ 10.3.83), relator o Ministro de Pádua Ribeiro decidiu no sentido acima exposto, colhendo-se da sua ementa o seguinte fragmento:

“O art.920 do CPC só admite a conversão de uma ação possessória em outra, também possessória, e não de uma ação possessória em outra, de índole petitoria”.

Por outro lado, embora não indicado pelo recorrente, reputo malferido o art. 920 do Código de Processo Civil, uma vez exposta, nas razões do especial, a tese nele normatizada, segundo a qual a equivocada denominação da ação é matéria de somenos importância.

Com efeito, irrelevante é o nome que se dá à ação, devendo ser analisado o pedido da parte, tendo em vista que o apego à nomenclatura consiste em resquício da teoria civilista sobre a natureza jurídica da ação, como já tive oportunidade de assinalar em sede doutrinária (Cf. Código de Processo Civil Anotado, 6ª ed., Saraiva, 1996, art. 250, p. 178). No mesmo sentido já decidiu esta Turma, dentre outros, no REsp 7.591-SP (RSTJ 37/368), assim ementado:

“O nome com o qual se rotula a causa é sem relevância para a ciência processual”

Examinada com atenção a inicial da demanda, percebe-se que o pedido do autor se volta à proteção possessória, não tendo natureza petitoria. Não vindica o bem com base em título dominial, mas tão somente se utiliza da sua qualidade de usufrutuário, visando ao resgate da posse.”

⁴⁸ Recurso Especial nº32.143-PA, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, do Superior Tribunal de Justiça-STJ.

2.4 VALOR DA CAUSA NAS POSSESSÓRIAS

Em que pese determinar o artigo 258 do Código de Processo Civil, que a toda causa deverá ser atribuído um valor certo, ainda que não tenha conteúdo econômico imediato, O artigo que o sucede não contemplou expressamente qual deveria ser o valor a ser atribuído as possessórias.

Tal lacuna fez com que a jurisprudência se encarregasse de sanar a omissão referida, seguindo duas vertentes : a primeira vislumbra similitude entre as ações possessórias e a ação reivindicatória, entendendo que deverá prevalecer a regra do inciso VII do artigo 259 do Código de Processo Civil; a segunda vertente, é aquela que entende que o valor da causa na possessória deverá ser correspondente ao benefício patrimonial pretendido pelo autor.

Reputamos que não há similitude entre a ação reivindicatória, de natureza real, e as ações possessórias, não se podendo aplicar a analogia em situações diversas. Como já dito, as ações possessórias diferenciam-se das ações petitórias na medida em que as primeiras têm como causa de pedir o *jus possessionis* (a posse como fato), e visam à manutenção ou à reintegração da posse sobre a coisa , enquanto as últimas têm como causa de pedir o *jus*

possidendi (a propriedade) e visa ao reconhecimento do direito de gozar, fruir e dispor da coisa. A posse para quem tem o domínio, poderá valer mais ou menos do que a posse para aquele que não detêm o domínio, sendo certo que a estimativa oficial para lançamento do imposto, referida no inciso VII do artigo 267 do C.P.C., não se apresenta como melhor caminho à solução do problema .

Por outro lado, a solução de atribuir à causa em possessórias, sem pedido de rescisão contratual nem perdas e danos, o valor equivalente ao benefício patrimonial pretendido pelo autor, dada a omissão legislativa e não a estimativa oficial para lançamento do imposto, se apresenta como a mais equilibrada.

Mesmo que não se vislumbre um proveito econômico imediato no caso de uma ação de manutenção de posse (sem existir pedido de perdas e danos), não se pode olvidar a natureza patrimonial da demanda, que está associada ao benefício buscado em juízo, que, por seu turno deve corresponder ao percentual da área questionada, devendo ser considerados, entre outros elementos, o preço que foi pago pela posse.

A atribuição do valor da causa em possessórias deverá considerar não apenas o valor do bem, mas o conteúdo econômico da privação da posse, ou seja, levam-se em conta também os prejuízos reclamados em função do esbulho, da turbação e até da ameaça . Dependendo da hipótese, poderá parecer mais apropriado, ou se destacar uma parcela do valor da propriedade plena para atribuí-lo à posse isolada, ou, então, conferir-se, em cada caso concreto, um valor fixado especificamente para tanto, levando-se em conta o benefício patrimonial discutido na causa, que sempre é o norte seguro na determinação deste requisito na petição inicial.

Capítulo III – MEDIDAS LIMINARES

3.1. A LIMINAR PROTETIVA DA POSSE

O procedimento de manutenção e de reintegração, se intentado dentro de ano e dia da data da turbação ou do esbulho, comportam medida liminar de proteção possessória, se houver sido requerida. A medida cautelar é um adiantamento da eficácia, conferida em favor daquele que, liminarmente, evidenciou ter posse, ou, então, que demonstrou isso na justificação de posse, desde que o ilícito possessório tenha tempo de duração inferior a um ano e um dia.

Para ação de reintegração de posse deve-se comprovar, na forma do artigo 927 do Código de Processo Civil, a posse anterior e o esbulho sofrido, e indicar como réu quem o cometeu. Não se pode confundir, a posse “efetiva” (ou titularidade sobre a coisa por causa do *ius possessionis*), com o pretendido direito à posse (titulação de caráter jurídico, que não o direito à mera posse, ou seja, *ius possidendi*), cabendo a ação possessória a quem tenha, realmente, posse (*ius possessionis*). Uma alegação atinente apenas a uma situação dominial, por si só, é insuficiente para o direito aos interditos possessórios .

Para a admissão e sucesso de uma ação possessória, estabelece o art. 927 do C.P.C., que o autor deverá provar a sua posse, a turbação ou esbulho praticado pelo réu, a data dessa turbação ou esbulho, e, no caso de turbação, que a sua posse continuou, ao passo que, no caso de reintegração, que perdeu a posse (art. 927, I a IV, do C.P.C.).

No caso de reintegração de posse, é necessário que o autor tenha, efetivamente, posse da coisa; ou mais precisamente, que tenha (ou, tenha tido) posse física da coisa—até porque a posse é uma situação de fato, salvo se ação for movida pelo possuidor indireto. Conquanto seja comum que o esbulhador haja de continuar na posse da coisa, quando do pedido de reintegração, tal não é essencial, dado que é possível legitimado passivo, em possessória, que não tenha sido esbulhador, mas deste tenha recebido a coisa, sabendo-a esbulhada. É a hipótese prevista no art. 1.212 do Código Civil ⁴⁹ se o esbulhador pretende intentar ação de indenização, poderão ser réus o esbulhador e o que deste consciente do esbulho recebeu a coisa, diante da cumplicidade do ilícito.

A prova que vier a ser produzida visando a concessão da liminar, ainda que, normalmente, tenha poder de convicção atual sobre o magistrado, absolutamente não o vincula em relação ao quadro probatório para a decisão final, na medida em que a prova para tal produzida se perfaz na seara da cognição não plena. Assim, se durante a instrução a produção probatória conduzir a outro resultado, poderá não haver coincidência entre a decisão liminar e a sentença final. A decisão final da causa, coincidentemente com a da liminar (favorável ao autor), portanto, depende de a instrução, no processo, coincidir, em seu poder de convicção, com a prova inicialmente aportada pelo autor ou com aquela decorrente da justificação de posse.

A cognição do magistrado para concessão da liminar não demanda prova cabal das qualidades da posse, senão que o autor deve comprovar que tinha posse, que o réu esbulhou (ou turbou), por isso que se justifica a liminar contra esse réu. É essencial, no entanto, que se comprovem os requisitos do artigo 927 do Código de Processo Civil, para concessão de

⁴⁹ Art. 1.212 do Código Civil: O possuidor pode intentar a ação de esbulho, ou a de indenização, contra o terceiro, que recebeu a coisa esbulhada sabendo que o era.

liminar. Se houver controvérsia, e o magistrado não se convencer *ab initio* das alegações e comprovações da parte autora, mesmo após a audiência de justificação, ele não deverá deferir a liminar buscada

Quanto à audiência de justificação prévia, há de ser atentado que ela destina-se exclusivamente à verificação da posse do autor (e a comprovação do esbulho ou da turbação; e, também, na ação de interdito, a comprovação do justificado temor de lesão à posse), e ainda que o magistrado entenda que não foi comprovada a posse alegada pelo autor, não lhe é lícito, em tal fase processual, dar pela improcedência do pedido formulado na inicial.

Ao ensejo da justificação prévia, inexistente oportunidade processual própria para conciliação.

É essencial a intimação do réu, para se fazer presente à audiência de justificação. Na eventualidade de se constatar a existência de litisconsortes necessários, não citados e que não tenham comparecido à audiência de justificação, isso deve conduzir à nulidade do ato.

A prova a ser produzida na justificação prévia, que é ato do autor, deve comprovar a efetiva posse, pelos meios admitidos pelo Código de Processo Civil. Desta forma, apenas declarações, certidões passadas por órgãos públicos-inclusive repartições policiais, e atestados, quer de particulares, quer de entes públicos, não são documentos hábeis, por si sós, para a concessão da liminar. Deve, a prova aí produzida, necessariamente, ser concludente, ao menos atinentemente aos requisitos do acima referido artigo 927 do Código de Processo Civil.

O critério do juiz, ao examinar a prova produzida e, ao avaliar o resultado da justificação deve ser, na verdade, presidido pelo que está no artigo 131 do Código de Processo Civil⁵⁰. Não há dúvida, porém, de que se trata de cognição não exauriente. A

⁵⁰ Art. 131 do Código de Processo Civil: O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

jurisprudência utiliza-se de expressões diversificadas que, no fundo, querem significar, apenas, que não se trata de um juízo imutável do magistrado, como é o juízo utilizado para a prolação da sentença.

Ao magistrado, também é possível a concessão de liminar sem que seja procedida à audiência de justificação, no entanto, mister que seja aportada aos autos prova suficiente e idônea à demonstração dos requisitos do artigo 927 do Código de Processo Civil.

A citação da parte demandada deverá ocorrer por intermédio de mandado, e, em caso de justificação, dever-se-á explicitar que o prazo para a apresentação da resposta do réu iniciar-se-á a partir da decisão que deferir ou indeferir a medida liminar buscada, decisão essa que se dará após a finalização da audiência de justificação.

A justificação deve ser realizada necessariamente antes da contestação; depois de contestada a ação, ela é inviável (TARS, JTARS 52/209).

Em sendo, como é a audiência de justificação, audiência do autor, o contraditório em tal audiência cinge-se à contrariedade às testemunhas do autor, por parte do réu, e não à ouvida de testemunhas suas, como prova que este produziria. Há decisões, todavia, que admitem a audiência de testemunhas do réu, e ainda do próprio réu, contudo não reputamos haver previsão legal para tais medidas na fase estreita da audiência de justificação.

Theotônio Negrão⁵¹ ao anotar o artigo 928 do Código de Processo Civil, ensinava que:

“O réu pode contraditar as testemunhas do autor e reinquiri-las (art. 864 do C.P.C.), porém não pode exigir que seja tomado depoimento do autor (RJTAMG 28/71) ou que o juiz ouça as testemunhas que indicar (JTAERGS 91/66); ao juiz é facultado ouvi-las se entender necessário (RT 499/105, 609/98, RJTJESP 105/335). Contra, considerando obrigatória a

⁵¹ Código de processo civil e legislação processual em vigor / organização, seleção e notas Theotônio Negrão com a colaboração de José Roberto Ferreira Gouvêa . – 28ª Ed. – São Paulo : Saraiva , 1997.

audiência de testemunhas arroladas pelo requerido: RT 609/98 e JTA 106/35, o mesmo acórdão, maioria.”

Ele ainda asseverou que esta última jurisprudência deveria ser cotejada com o disposto na Constituição da República, no seu artigo quinto, inciso LV .

Em ocorrendo o falecimento da parte, não deverá realizar a audiência, eis que, essa audiência depende do comparecimento da parte, sendo o falecimento motivo de força maior a justificar essa não realização (TACivSP, JUTACivSP 63/142 e 64/79).

Em que pese existirem jurisprudências no sentido de que “o juiz não pode indeferir a liminar se foi solicitada audiência de justificação de posse, pois, do contrário isso significa suprimir a possibilidade de prova que a lei confere ao autor”(2º TACivSP,RF 276/146), reputamos ser possível o indeferimento do pedido liminar, mesmo que seja requerida a realização da audiência de justificação. Tal possibilidade se verificará, quando na própria inicial, o autor embora requerendo a liminar e a possibilidade de justificar suas alegações, informa que a violação à sua posse ocorreu em lapso superior a ano e dia antes da distribuição do interdito possessório. *A priori*, poder-se-ia considerar impossível tal hipótese, contudo a prática mostra que é possível a ocorrência de tal hipótese.

Em resumo, para se pensar em liminar em sede de possessória, é essencial que o ato turbativo ou esbulhativo tenha ocorrido até ano e dia, antes da distribuição do feito possessório. Além de tal exigência, deverá o autor comprovar a posse, o esbulho ou a turbação, e a respectiva data destes, e que continua o autor sem a posse, ou turbado do seu exercício. O juiz recebendo a inicial, vai analisar a comprovação de tais exigências, e vai, nos moldes do artigo 928 do C.P.C.⁵², conceder a liminar, ou em não se convencendo, marcar a audiência de justificação. Em tal audiência, a prova é de cognição não plena, e presta-se tão somente para eventual comprovação das alegações da parte autora. Em obtendo êxito o autor em

⁵² Art. 928 do CPC : Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração; no caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada.

demonstrar as exigências do artigo 927 do Código de Processo Civil⁵³, o juiz deferirá - de ser notado o caráter imperativo da norma: “deferirá”- a medida liminar.

Uma vez deferida a liminar na possessória, surge um problema de cunho processual relativo à possibilidade de sua revogação independentemente de recurso.

Por se tratar de uma decisão interlocutória, somente no bojo do agravo de instrumento é que a medida liminar estaria suscetível de ser modificada, ao ensejo da respectiva retratação. Exatamente porque se colima, pelo agravo de instrumento modificação de situação atualmente prejudicial e que se deseja remover, o mais rapidamente, é incogitável o cabimento do agravo retido, não comparecendo, no caso, a fungibilidade entre um e outro recurso. Em rigor, não há interesse (porque não há utilidade alguma) para o manejo do agravo retido.

O recurso cabível, portanto, é o de agravo de instrumento-não há o que se falar de recurso de apelação-, no bojo do qual é viável o efeito suspensivo ou o efeito ativo (na hipótese da medida não ter sido obtida em primeiro grau e sendo o caso de concessão). Ainda que o fundamento pelo qual se concede medida liminar, em ação possessória não seja propriamente partícipe de cautelaridade, nem por isso, uma liminar erroneamente concedida, deixará – agora sim – de configurar uma situação de urgência que justifica sua alteração desde logo, pelo relator do agravo de instrumento, e em ambos os casos, haja urgência.

Muito cogitado, mas não com especificidade para a hipótese, quanto ao cabimento de mandado de segurança, em se conseguindo demonstrar que a concessão da medida liminar poderia vir a causar dano irreparável. Esta cogitação deve ter mais espaço, depois da alteração da disciplina do agravo de instrumento, e, particularmente, da possibilidade de alteração, desde logo, pelo relator, do que haja sido decidido.

⁵³ Art. 927 CPC: Incumbe ao autor provar: I - a sua posse; II - a turbação ou o esbulho praticado pelo réu; III - a data da turbação ou do esbulho; IV - a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção; a perda da posse, na ação de reintegração.

A justificação de posse, como prevê o artigo 929 do Código de Processo Civil, deve, necessariamente, ser julgada. Por isso, também, é essencial a fundamentação da decisão oriunda da justificação.

O réu é citado para a ação, e sendo o caso, para comparecer à audiência de justificação, note-se aí o caráter intimatório de tal ato processual, devendo sucessivamente a concessão, ou não da medida liminar, promover o autor a sua “citação”, na forma do art. 930, *caput*, do Código de Processo Civil. Se não tiver havido justificação prévia, com concessão, ou não da medida liminar, segue-se em igual prazo, citação e prazo para contestar (art.928 do CPC). Na verdade poderíamos falar em duas citações.

A razão de ser da medida liminar, é a de tornar efetiva a prestação jurisdicional . Tal efetividade do processo com todos os seus reflexos de cunho jurídico, social, econômico e político, e a influência que o fator tempo exerce na didática processual, é de suma importância para a boa distribuição da justiça.

Evidente que a natureza jurídica da providência sumária interdital é essencialmente antecipatória, e enquanto satisfativas, as liminares possessórias exercem verdadeira função sociológica à medida que atendem, no plano fático, com rapidez e executividade, a pretensão articulada pelo autor, procurando manter a estabilização da posse em grau de perfeita utilização e normalidade econômica.

Em razão do efeito executivo ou mandamental da providência liminar, o juiz deve estar atento e agir com extremo bom senso, e conseqüente cautela, considerando as particularidades do caso concreto, a fim de que a lei seja cumprida e se faça justiça, com o menor desencadeamento possível de choques e perturbações sociais, diante das não raras situações de complexidade que envolve vários tipos de litígios possessórios em nosso País, e as questões políticas que de quando em vez se instalam em tais litígios.

Basicamente, afloram dessa nova figura multifacetada três problemas (social, jurídico e político) que exigem da doutrina e também do magistrado a fixação de um norte para a solução das questões práticas, uma delas atinente à formação da relação jurídico-

processual quando da citação de um número indeterminado de sujeitos passivos, mormente em comunidades que crescem e decrescem a cada momento; e outra relativa ao momento de efetivação da tutela liminar interdital quando concedida a desocupação do imóvel.

Lembre-mo-nos que o Código de Processo Civil de 1973, nada obstante recheado de extremo tecnicismo, é obra calcada na doutrina italiana do final da primeira metade do século passado e início da segunda metade do mesmo, e, por conseguinte, sem preocupações ou compromissos com a efetividade do processo e com a solução dos conflitos de massa, prestando-se apenas para o papel de instrumento de pacificação das lides quase que exclusivamente individuais.

3.2 A LIMINAR EM LITISCONSÓRCIO PASSIVO MULTITUDINÁRIO

Uma situação que não é rara, é aquela que implica na relativização de parte do artigo 282 do Código de Processo Civil, na medida em que tal artigo lista os requisitos indispensáveis de validade da petição inicial, determinando no inciso II, a identificação com a qualificação dos autores e réus.

Quanto à citação, determina o artigo 214 do mesmo código, que é indispensável para a validade do processo a citação inicial do réu, enquanto o artigo 215 de tal código estabelece, como regra, a comunicação pessoal ao réu, ao seu representante legal ou ao procurador legalmente autorizado.

A indicação dos sujeitos integrantes do pólo passivo da demanda possessória, que no caso, de uma reintegratória, são os esbulhadores, deverá recair sobre aquelas pessoas que se encontram indevidamente na posse do bem esbulhado, e tal medida, *a priori* deverá ser tomada pelo autor da ação, e em não sendo tal providência possível, uma vez determinada a citação dos alegados esbulhadores, todas aquelas pessoas suscetíveis de

reconhecimento pelo meirinho encarregado da diligência, quando do cumprimento do ato citatório, podendo o oficial de justiça individualizá-los ser através do nome, prenome ou alcunha, assim como, se conhecido o líder do movimento, esse deve ser identificado.

Diversamente, em situações conflituosas revestidas de maior tensão sociopolítica – notadamente nas lides rurais articuladas por vários movimentos sociais e políticos, com matizes partidárias várias, *vg*: MST, MTL, MTST, etc. -, não são raras as vezes em que se inviabiliza quase por completo a identificação dos invasores, restando apenas a certeza de que o movimento é liderado pelos sujeitos “A”, “B” e/ou “C”, participantes diretos também do ato espoliativo.

Nesses casos, resta ao possuidor esbulhado indicar na peça inaugural apenas a qualificação fundada em elementos que viabilizem a comunicação do ato citatório aos líderes do movimento (quando for possível tal identificação), bem como ressaltar a existência de um número indeterminado de pessoas ocupantes da área de terra invadida, a fim de que o Meirinho possa citar também esses réus “incertos e desconhecidos” que no momento da efetivação da ordem judicial, possam ser identificados e efetivamente citados. Se assim não fosse, a aplicação da fria norma jurídica insculpida no inciso II do artigo 282 do pré-falado Código de Processo Civil, simplesmente inviabilizaria a propositura da demanda e, por conseguinte, o acesso à justiça, e implicaria em violação à norma constitucional estatuída no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição da República, o que não pode ocorrer, na medida em que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito .

Nesse diapasão também é o entendimento firmado pelo TAPR, *in verbis*:

“... I – Tratando-se de área urbana invadida, com número indeterminado de casas e supostos esbulhadores, correto é proceder-se à citação de todos quantos ocuparem as habitações, em havendo demanda possessória, ante a dificuldade normal de serem apontados e nominados todos os réus. A adotar-se o rigorismo da lei, estar-se ia certamente infringindo o preceito constitucional que garante a todos o acesso ao Poder Judiciário, em caso de lesão a direito.(...)” (Ap. Civ. 0093714800. Quinta Câmara Cível, Curitiba. Rel. Juiz Antônio Martelozzo, julg.09.04.1997, public.13.16.1997).

Significa dizer que essas flutuações subjetivas verificadas no plano factual em nada vão refletir ou obstar a formação da relação jurídico-processual ou o desenvolvimento do processo. Em outros termos os que ocupam a área invadida figuram expressa ou tacitamente no pólo passivo da demanda, havendo, portanto, que suportar os efeitos das liminares possessórias, assim como da coisa julgada material, que os atingirá, indistintamente. Serão referidos e qualificados na petição inicial os réus identificados e feita menção aos eventualmente identificáveis que, na medida do possível, serão citados pelo meirinho, independentemente da variação do número de pessoas que se ajuntam ao grupo de invasores ou que porventura abandonam as terras.

Relevante há de ser a ciência aos réus da pendência de lide, do conteúdo da exordial, da decisão prolatada e dos efeitos da comunicação em si mesma (citação); por conseguinte, citam-se os líderes do movimento invasor e/ou quem o meirinho puder e souber. Caso contrário, além da inconstitucionalidade já mencionada, instaurar-se-á um verdadeiro caos processual diante da pluralidade de ações em ângulo que serão estabelecidas, enquanto no mundo dos fatos a tensão social agravar-se-á pela inércia judicial, acarretando efeitos reflexos de ordem pública não desejáveis.

Por outro lado, as ações possessórias de força nova (ou de rito especial) são os remédios hábeis a oferecer ao possuidor turbado, esbulhado ou com justo receio de sofrer molestação a solução rápida através da tutela preliminar urgente. Tal medida judicial sumária assume magnitude de ordem sociopolítica sem igual, mormente ante ao caráter pacificador que exerce a posse e possibilidade de sua defesa, tanto que a própria Constituição da República desceu à minúncia de se preocupar com a definição da participação do juiz no local do litígio, sempre que necessário à eficiente efetivação da tutela jurisdicional⁵⁴. Seguindo essa orientação e com o escopo de evitar arbitrariedades, o Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, por unanimidade, no início de 1996, sob a presidência do então Ministro de

⁵⁴ Art. 126 da Constituição da República: Para dirimir conflitos fundiários, o Tribunal de Justiça proporá a criação de varas especializadas, com competência exclusiva para questões agrárias. Parágrafo único. Sempre que necessário à eficiente prestação jurisdicional, o juiz far-se-á presente no local do litígio.

Estado da Justiça, Nelson Jobim, decidiu recomendar que “... o cumprimento de mandado de reintegração ou manutenção de posse onde haja pluralidade de réus seja procedido na presença (*in loco*) do juiz e do representante do Ministério Público. Tal recomendação objetiva prevenir a ocorrência de conflitos no campo, a exemplo de alguns incidentes que lamentavelmente têm ocorrido nos últimos tempos”. Medida semelhante foi tomada no Estado de Pernambuco, por força da Lei 11.365 de 26 de julho de 1996, que em seu artigo primeiro determina: “A força policial do Estado de Pernambuco, sempre que requisitada, judicial ou administrativamente, a atuar em medidas possessórias que produzam efeitos coletivos em prédios públicos ou privados, deverá ser fazer acompanhada na operação, pelo representante do Ministério Público”.

Atento também a essa realidade, o legislador infraconstitucional tomou a providência de alterar o inciso III do artigo 82 do Código de Processo Civil, por intermédio da Lei 9.415, de 23.12.1996, ampliando a participação do Ministério Público nas ações que envolvam litígios coletivos fundados em posse de terras rurais, além das demais causas em que se verificar o interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte⁵⁵.

Nesses casos de litisconsórcio multitudinário, dezenas ou até mesmo centenas de famílias precisam desocupar determinada área por ordem judicial, obtida liminarmente pelo autor esbulhado, significando, em termos práticos, que a concretização dessa medida representa uma delicada operação, a qual exige sobremaneira do julgador, não apenas conhecimento técnico-jurídico para a tomada da decisão, segurança e profunda cognição da matéria fática, dentro das limitações naturalmente circunscritas pela própria fase de sumarização. Esses requisitos devem ser atendidos em harmonia com a imprescindível sensibilidade do julgador, que não pode aparecer na relação processual como sujeito manipulador do mecanismo da singela subsunção, mas acima de tudo, como agente de pacificação social.

⁵⁵ Art.82: Compete ao Ministério Público intervir: III - nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte.)

É evidente que a aplicação da lei não se reduz a uma simples operação lógica, pela qual o intérprete se limita a verificar a correspondência de determinada situação com a descrição abstrata que dela consta, sendo inaceitável a utilização isolada do processo de subsunção. Os fatos narrados em um processo, não são estanques, não são hermeticamente isolados dos fatos sociais que o cercaram, quando do cumprimento de uma liminar, e antes mesmo disso, quando do seu deferimento, o magistrado deverá estar atento a todo o arcabouço fático que envolve a querela.

O magistrado não pode e não deve, em hipótese alguma, comportar-se como um autômato, um simples aplicador da estática e fria letra da norma jurídica ao caso concreto, como já se pensou nos séculos passados. O magistrado é um hermeneuta da norma, um imparcial mediador entre os litigantes, que, para alcançar o seu desiderato, necessita usar de todos os métodos fornecidos pela dogmática da interpretação, considerar sempre os fins sociais a que a lei se destina e as exigências do bem comum, como determina o artigo quinto da Lei de Introdução ao Código Civil ⁵⁶, além de ter conscientização do papel da ideologia no preenchimento das lacunas do direito, na busca incessante da justa composição do conflito.

Joel Dias Figueira Júnior⁵⁷, discorrendo sobre o litisconsórcio passivo multitudinário, ensina que Tércio Ferraz Jr., baseado em Arnold, escreveu que a finalidade da teoria dogmática da interpretação consiste funcionalmente “... em ser uma caixa de ressonância das esperanças prevalecentes e das preocupações dominantes dos que crêem no governo do direito acima do arbítrio dos homens” E mais: “... O saber interpretativo conforma o ‘sentido’ do comportamento social à luz da incidência normativa.. Ela – hermenêutica – jurídica cria assim condições para a decisão”.

E continua Joel Dias Figueira Júnior⁵⁸:

⁵⁶ Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

⁵⁷ Figueira Júnior, Joel Dias. *Liminares nas ações possessórias*. 2ª Ed. –São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.p.256

⁵⁸ IBIDEN – Ibid. p.257

“De outra parte, é necessário não esquecer que a aplicação da lei envolve também, inarredavelmente, a determinação de conseqüências jurídicas e fáticas. E tampouco devemos supor que o enlace entre a estatuição abstrata e a formação dos efeitos concretos nenhuns problemas surgem, como se tudo estivesse na regra e bastassem a leitura e a transposição mecânica desta para o caso singular. Pelo contrário, é preciso freqüentemente um trabalho de adaptação da conseqüência abstrata ao caso singular. Essa necessidade de adaptação pode ter as mais variadas causas; mas há uma tendência crescente para confiar ao momento da aplicação a modelação das conseqüências no caso concreto”.

Nos autos do Recurso Especial de número 46.432-SP, cuja decisão foi publicada no Dário Oficial da União de 08 de agosto de 1994, foi externada essa mesma linha de raciocínio em aresto da lavra do Min. Vicente Cernicchiaro: “ ... a interpretação literal da lei cede espaço à realização do justo. O magistrado deve ser o crítico da lei e do fato social...”, até porque em um contexto axiológico e teleológico, decisão justa não é aquela que simplesmente realiza a subsunção da norma jurídica ao caso concreto, resolvendo a lide jurídica dentro dos contornos articulados na peça inaugural. A essência da decisão justa transcende o plano objetivo do sistema legal posto para ingressar na seara da pacificação social.

Por tais motivos, em feitos possessórios onde se verifique a existência de litisconsórcio multitudinário, como, por exemplo, nos casos de demanda possessória que envolva sem terra, sem teto, etc., é de bom alvitre que o magistrado, não obstante a natureza da providência urgente por ele concedida, fixe um prazo razoável para efetivação da sua ordem, de forma que ele possibilite àquelas pessoas atingidas pela sua decisão liminar, possam encontrar uma solução alternativa para esse tão delicado problema, inclusive até buscando ajuda das autoridades municipais, estaduais, federais ou associações civis; assim, poder-se-ia diminuir os efeitos traumáticos de ordem social e política que o cumprimento da medida possa vir a ensejar. Tal concessão de um prazo razoável e não excessivo, não implica em inobservância das normas processuais e/ou materiais. A solução para o problema, com equilíbrio, há de ser encontrada dentro do próprio sistema jurídico, através do equacionamento da observância ao direito possessório e da propriedade, em sintonia com a função social da propriedade, sem no entanto deixar de cumprir as normas legais postas, em busca de uma solução calcada no malsinado “direito alternativo”, que de direito nada tem, até porque gera e multiplica uma subversão ao Estado Democrático de Direito .

No entanto, nos dias de hoje, deve o magistrado estar atento aqueles que em nome de uma causa justa e legítima, escondem ocultos interesses pessoais e ideológicos, e fazem uso de ardis para a obtenção de dividendos políticos ou financeiros. Pessoas que comandam grupos humanos como massas de manobra e pressão, para a simples criação de situações contrárias à este ou àquele Presidente, Governador, Prefeito, Reitor, Diretor, etc., deste ou daquele partido político. Pessoas que possuem terra(s), casa(s), veículo(s), mas mesmo assim, invadem, saqueiam, destroem e se apoderam daquilo que não lhes pertencem, e o fazem em cumprimento a ordens de pessoas que por sua vez já cumprem ordens de outros e assim por diante, em um círculo vicioso de fomento à geração de palanques, “cestas”, “bolsas”, aparições na mídia, projeção estadual e nacional, luta de classes, violência, indenizações, desapropriações, etc. , e no mínimo, votos.

Destarte, o que se espera do magistrado na árdua missão de distribuir justiça, inclusive em casos delicados como os interditos possessórios, é a aplicação da lei em perfeita sintonia com os fins sociais a que se destina; o que se exige do julgador ao efetivar a liminar interdital concedida é muita cautela e visão aguçada com moderação no uso dos meios necessários ao seu cumprimento, inclusive quando necessária a utilização da força policial (até porque a justiça sem a “espada” mesmo que se preciso através de força militar e a concessão de um prazo razoável à sua realização, o que não exclui a possibilidade, dependendo da hipótese vertente, de execução incontinente da ordem emanada pelo Estado-juiz.

Ratificamos as palavras do mestre Joel Dias Figueira Júnior, quando ao fechar o tópico que trata do litisconsórcio, leciona:

]

“que Calamandrei nos legou, ao salientar que pela ponte da Justiça passam todas as dores, todas as misérias, todas as aberrações, todas as opiniões políticas, todos os interesses sociais. E seria de desejar, prossegue o mestre, que fosse o juiz capaz de reviver em si, para os compreender, cada um desses sentimentos. Disse mais: “Justiça é compreensão: isto é, tomar em conjunto e adaptar os interesses opostos: a sociedade de hoje e a

esperança de amanhã; as razões de quem a defende e as de quem a acusa...”⁵⁹

3.3 MEDIDA LIMINAR CONTRA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO

O parágrafo único do artigo 928 do Código de Processo Civil é expresso em não permitir em qualquer hipótese, a concessão de liminar, quer de manutenção, quer de reintegração, sem que previamente sejam ouvidos os respectivos representantes judiciais das pessoas jurídicas de direito público que figuram no pólo passivo da demanda

De ser lembrado que o que é vedado pelo referido artigo não é a concessão de medida urgente, mas sim o deferimento de tal medida *inaudita altera pars*.

O pressuposto hipotético para tal proibição por parte do legislador, é a idéia de que as pessoas jurídicas de direito público não cometem deliberadamente ilegalidades. Sob esse fundamento, não obstante as restrições que se possam fazer aos privilégios concedidos por lei a certas classes de litigantes (particularmente os que se referem as benesses dispensadas pela legislação à Fazenda Pública), parece-nos fundada essa justificação, mormente se considerarmos os efeitos enérgicos, imediatos e não raras vezes traumáticos decorrentes da concessão da tutela emergencial *inaudita altera pars*.

⁵⁹ IBIDEN – Ibid. p.259

O Código de Processo Civil de 1939, mais especificamente no parágrafo único do seu artigo 371, apenas outorgava tal benefício União, Estados, Distrito Federal ou Municípios.

Hodiernamente, o benefício em questão, favorece indistintamente às pessoas jurídicas de direito público, quer de natureza interna (art.14 do CC; as autarquias – Lei 6.016/79; os sindicatos profissionais distritais, municipais, intermunicipais, estaduais e interestaduais e nacionais – (CLT, arts. 511- 625), quer as de natureza externa, supra-estatais, como Organização da Nações Unidas e as entidades estrangeiras, como a Santa Sé e os demais Estados soberanos em geral; não gozam de tal benesse as sociedades de economia mista, ainda que constituídas com capital público majoritário, não estão inseridas entre as pessoas jurídicas de direito público, razão por que não ficam sob o pálio da vedação estatuída no parágrafo único do artigo 928 do Código de Processo Civil

Joel Dias Figueira Júnior ⁶⁰, em sua brilhante obra sobre liminares nas ações possessórias, Cita Pontes de Miranda⁶¹, nos moldes seguintes :

“... A qualificação, pessoas de direito público ou pessoas de direito privado, é dada pelo sistema que personifica, e não pelo que as importa. (...) O que se pode extrair da observação dos sistemas jurídicos é apenas o seguinte: as pessoas jurídicas que o direito público cria, por lei, ou por ato administrativo legal, são de direito público, se o próprio sistema jurídico não as privatiza desde logo, ou mais tarde; as pessoas jurídicas que, oriundas de direito privado, são, por lei ou ato administrativo legal, tornadas de direito público, são de direito público, enquanto não se lhes tira esse caráter. Tudo se reduz a certo arbítrio do legislador, dentro dos princípios constitucionais.”

Verificando o julgador que no pólo passivo da possessória, reside pessoa jurídica de direito público, mesmo em casos em que seja essencial a realização da audiência de justificação, é essencial a ouvida previa de tal pessoa a respeito dos fatos, antes da decisão

⁶⁰ Figueira Júnior, Joel Dias. Liminares nas ações possessórias. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

sobre o pedido liminar. Assim, não basta a citação do representante da pessoa jurídica de direito público, para comparecimento à pré-falada audiência, mas também a intimação da mesma para que cumpra a parte final do parágrafo único do já referido artigo 928 do código de ritos cíveis. Uma coisa não se confunde com a outra, são atos processuais diversos, com conseqüências igualmente diversas. A audiência de justificação, que é audiência do autor, é o momento que dispõe o autor, para que em sede de *non plena cognitio*, comprove os fatos narrados na inicial atinentes ao estabelecido nos incisos do artigo 927 do Código de Processo Civil, pelo não convencimento prévio do julgador da demonstração das exigências do artigo 927 em determinado feito. A “prévia audiência” dos representantes legais das pessoas jurídicas, significa a ouvida antecipada de tais representantes (não no ato processual audiência), para que o magistrado possa ter mais ciência dos fatos, inclusive sob a ótica do réu, antes da prolação da decisão liminar.

A ouvida preliminar é uma maneira de fornecer ao juiz um conhecimento mais amplo e seguro daquela situação narrada na peça vestibular.

Lado outro, a lei não especifica a maneira pela qual se procederá à essa ouvida preliminar, cabendo ao magistrado que preside o feito, a concessão de prazo para que os representantes da pessoa jurídica se manifestem por escrito, nesta hipótese, aplicar-se-á o disposto no artigo 177, 2ª parte do Código de Processo Civil, ou então o estatuído no art. 185 do mesmo código, ou seja, poderá ser estipulado livremente pelo juiz (prazo judicial *stricto sensu*) ou, o prazo será de cinco dias. Poderá ainda o magistrado designar audiência para tal finalidade.

A manifestação da pessoa jurídica de direito público nessa fase preliminar não importa em qualquer tipo de resposta/defesa, na medida em que a manifestação traz informações, subsídios, esclarecimentos ao juiz, sobre aquela situação de fato. A defesa da pessoa jurídica de direito público ré, será articulada posteriormente, após a ocorrência da

⁶¹ Pontes de Pontes, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1977. t. XIII.

citação, nos moldes da lei, e no prazo fixado para tal, quinze dias, dilatados em quádruplo, conforme o benefício previsto no artigo 188 do Código de Processo Civil.

A não adoção de tal providência por parte do magistrado, e a deliberação sobre a liminar, concedendo-a, caracterizará cerceamento de defesa pela violação expressa a texto de lei já referida, acarretando nulidade processual absoluta, passível, inclusive, de ataque, por via de agravo de instrumento, mandado de segurança e pedido de suspensão de liminar ao presidente do Tribunal respectivo.

Capítulo IV – MEDIDAS ANTECIPATÓRIAS

4.1 ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA

A tutela jurisdicional é uma atribuição conferida pelos representantes do povo ao Estado. O artigo quinto da Constituição da República, no seu inciso LIV contempla a tutela, referindo-se ao “devido processo legal”. Por processo legal compreende-se a apreciação do Poder Judiciário sobre situações fáticas, estabelecendo suas relações com a norma vigente no intuito de discipliná-las.

Sendo assim, a tutela jurisdicional é o poder de aplicar o direito objetivo em relação a uma pretensão, desde que regularmente deduzida, uma vez que inexiste tutela sem ação⁶², ademais, o artigo 2º do Código de Processo Civil assim delibera: “Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais”. Dessa forma, o escopo da tutela ou jurisdição é a obtenção, nas situações fáticas, daqueles exatos resultados práticos preconizados pelo direito material, donde se conclui que o

mais elevado interesse, que se satisfaz através do exercício da jurisdição, é o interesse da própria sociedade.⁶³

Observado o conceito da tutela jurisdicional, é pertinente então analisar como ela se apresenta em relação à concessão de seus efeitos. Segundo Zavascki⁶⁴ duas características emanam dessa tutela: a) é construída no âmbito de um processo com cognição exauriente e, assim, construída e prestada; b) assume caráter de definitividade. Essas características imanescentes à tutela jurisdicional são bases para diferenciar a forma como se é concedida a tutela: provisória e definitiva.

Kasuo Watanabe⁶⁵ descreve a cognição sob dois planos: o horizontal (em que existe a cognição ilimitada e limitada) e o plano vertical (cognição exauriente e sumária). Segundo este autor, a cognição no plano horizontal é aquela em que se analisa a extensão do debate realizado no processo. Se analisado todo o conflito, é cognição ilimitada ou plena, se analisado parte do conflito, é cognição limitada. Por outro lado, a cognição no plano vertical diz respeito ao grau de profundidade com que é realizada a cognição, sendo exauriente quando realizada de forma completa e, sumária quando realizada de forma superficial, ou seja, quando a perquirição do juiz sofre limitações.

A forma como se procede a cognição varia conforme a natureza da lide. Não se poderia imaginar que todos os conflitos viessem a ser resolvidos por via do procedimento comum ordinário, pois este se presta à cognição integral tanto no plano horizontal quanto no vertical (cognição exauriente). Seria como querer admitir que todas as pessoas calçassem um par de sapatos do mesmo número. As formas de se compor as lides variam como também variam as maneiras de cognição sobre seu objeto. Zavascki⁶⁶ ensina que há situações em que o procedimento ordinário — formal, solene e, por isso mesmo, mais lento — e o procedimento sumário — mais célere — não atendem às peculiaridades da controvérsia

⁶² DIAS, Beatriz Catarina. *A Jurisdição na Tutela Antecipada*, São Paulo: Saraiva, 1999. p. 5.

⁶³ Apud DIAS Beatriz Catarina. Op. cit., p. 6.

⁶⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

⁶⁵ Apud ZAVASCKI, Teori Albino. Op. cit., p. 18.

⁶⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. Op. cit., p. 19.

a ser enfrentada e é para essas situações que existem os procedimentos especiais em que são fixados limites à cognição horizontal bem como à cognição vertical.

Beatriz Catarina Dias afirma que a cognição exauriente “é típica do processo de conhecimento, visto ser aquela que se desenvolve sem limitação vertical, em profundidade completa quanto ao objeto cognoscível.”⁶⁷ A autora afirma ainda que esse tipo de cognição “caracteriza-se como a técnica aplicável aos processos que visam à solução definitiva das lides submetidas ao conhecimento do magistrado,”⁶⁸ subentendendo-se uma solução definitiva, ou seja, a tutela definitiva. Por outro lado, a cognição sumária é a modalidade própria de tutela provisória. Ela constitui a base para a concessão da tutela urgente, seja no caso da medida antecipatória baseada em juízo de verossimilhança, de probabilidade, de aparência, de *fumus boni iuris*, seja no caso da medida cautelar, quando se busca uma segurança para a execução em havendo fundado receio de lesão grave ou de difícil reparação ao direito de uma parte antes do julgamento da lide (art. 798 do Código de Processo Civil).

O que trouxe de novo na Lei nº 8.952 de 13 de dezembro de 1994, e posteriormente na Lei nº 10.444 de 07 de maio de 2002, não foi o instituto da tutela antecipada, mas sim a sua universalização. Segundo Feres,⁶⁹ inexistia, até então, antecipatória de forma autônoma, aplicável genericamente ao processo de conhecimento, em suas modalidades de procedimento ordinário, sumário e especial. Anteriormente já se vislumbravam hipóteses de tutela total ou parcialmente antecipada nos casos de ações possessórias (art. 928 do CPC), em mandado de segurança (art. 7º da Lei nº 1.533 de 31/12/51), na ação popular (art. 5º § 4º da Lei nº 4.714 de 29/06/65), na ação de nunciação de obra nova (art. 937 do CPC), na ação civil pública (art. 12 da Lei nº 7.347 de 24/07/85), no Código de Defesa do Consumidor (art. 84 § 3º da Lei nº 8.078 de 11/09/90), na busca e apreensão do Decreto-lei nº 911/69 em seu art. 3º, e nas medidas constitucionais previstas como *habeas data*, *habeas corpus*, mandado de injunção e na ação direta de inconstitucionalidade.

⁶⁷ DIAS, Beatriz Catarina . Op. cit., p. .35.

⁶⁸ Ibid., p. 35.

⁶⁹ FERES, Carlos Roberto. Op. cit., p. 28-29.

O instituto da tutela antecipatória de mérito também já existia no direito estrangeiro, notadamente no direito alemão e italiano, contudo numa roupagem diferente, em virtude das diferenças constitucionais desses países em relação ao Brasil. Devido à diversa estrutura dos ordenamentos jurídicos, o que para nós é medida antecipatória, para os italianos é medida cautelar, tanto que Calamandrei⁷⁰ na classificação das medidas cautelares, inclui no terceiro grupo aqueles provimentos com os quais se decide provisoriamente o litígio até que sobrevenha a sentença definitiva. Em nosso país, o tema foi objeto de apreciação, inicialmente, pelo 1º Congresso Nacional de Direito Processual Civil, realizado em Porto Alegre/RS, em julho de 1983, coordenado pelo mestre Ovídio Araújo Baptista da Silva, o qual propôs a introdução do instituto da tutela antecipada, na forma de antecipação dos efeitos da sentença de mérito, como parágrafo único do artigo 285 do Código de Processo Civil.

Apesar dessa proposta não ter tido a mesma abrangência da atual norma, nem o devido enquadramento dentro do Código de Processo Civil, pois colocada na apreciação preliminar da inicial, sem dúvidas, ela desencadeou estudos que levaram à introdução da tutela antecipatória em nossa legislação processual. Após a formação de duas comissões para tratar do assunto, finalmente encontrou a tutela antecipatória sua forma autônoma disciplinada entre as Disposições Gerais do capítulo VII que trata do Processo e do Procedimento do Código de Processo Civil, passando o texto anterior do artigo 273 a ser o parágrafo único do artigo 272 e introduzindo a atual redação do artigo 273 (redação determinada pela Lei nº 8952 de 13/12/94, e ultimada pela Lei nº 10.444 de 07/05/2002).

A universalização do instituto da tutela antecipada, nesse caso as ditas medidas antecipatórias, trouxe para o direito processual civil a possibilidade de outorga destas no processo de conhecimento, no processo de execução, no cautelar e até nos procedimentos especiais. Essa transformação operou uma mudança de concepção do sistema processual até então segmentado em atividades cognitivas e executórias, ampliando a possibilidade do juiz de interceder com liminares, visando assegurar ao autor o direito pleiteado, desde que amparado nos requisitos do artigo 273 do Código de Ritos Cíveis. Tal possibilidade pode ser encarada como uma alternativa para se obter consenso entre garantias constitucionais da efetividade da

⁷⁰ CALAMANDREI, Piero. *Opere Giuridiche*. Napoli: Morano, v. 9, s.d. p. 185.

jurisdição e da segurança jurídica, quando observadas no caso concreto, ou seja, na aplicação da norma à situação fática.

A norma constitucional assegura aos cidadãos inúmeras garantias, dentre as quais se encontram a efetividade da jurisdição e a segurança jurídica. Büttgenbender⁷¹ explica-nos que a efetividade da jurisdição garante ao particular o pleno acesso à prestação jurisdicional, como também busca assegurar ao indivíduo que sua pretensão será atendida de maneira célere e eficaz, ao passo que a garantia da segurança jurídica resume-se em propiciar às partes litigantes, pleno debate sobre o interesse disputado, exaurindo-se todas as formas de participação antes da prolação de uma decisão final imutável. Essas duas garantias situam-se num mesmo plano, o plano constitucional, e ocasionalmente entram em conflito em virtude da aplicação da norma ao caso concreto. Quando isso ocorre, é necessária a utilização de alternativas para solucionar a dissonância e compatibilizar as garantias constitucionais. A solução dá-se pela outorga de medidas antecipatórias ou cautelares em se observando a natureza do caso concreto.

Antes das Leis números 8952 de 13/12/94 e 10.444 de 07/05/2002, a tutela provisória no procedimento comum se dava por meio de medidas cautelares tidas como “ações cautelares inominadas” previstas no artigo 798 do Código de Processo Civil. Em verdade, essas medidas cautelares, na maioria das vezes, continham em sua essência o objetivo de antecipar o mérito da decisão judicial, portanto, chamadas de “cautelares satisfativas”. Essas medidas tinham a roupagem de medidas cautelares, mas na verdade suas essências eram de medidas antecipatórias.

Nos anos que antecederam a reforma de 1994 aprimorada em 2002, muitas solicitações de amparo ao direito em tutela de urgência se davam por medidas cautelares inominadas, muitas das quais “cautelares satisfativas”. Se comparássemos as liminares então concedidas em muitas cautelares inominadas, poderíamos ver a grande semelhança no pedido com as liminares concedidas em mandado de segurança (procedimento especial — em que as medidas antecipatórias já eram permitidas). Após 1994, essa impropriedade foi afastada em

virtude da possibilidade de utilização de medidas antecipatórias no procedimento comum (ordinário e sumário). Sendo assim, a via apropriada para a solicitação urgente de antecipação dos efeitos da sentença de mérito são as medidas antecipatórias (art.273 do CPC). A ampliação das possibilidades das medidas antecipatórias contribuiu enormemente para a efetividade da função jurisdicional. No curso do processo de conhecimento, por exemplo, o juiz já tem a faculdade de deferir medidas típicas de execução, a serem cumpridas inclusive mediante mandados, independentemente da propositura de nova ação. Tal prática, afirma Zavascki,⁷² rompe a clássica segmentação das atividades cognitiva e executória do procedimento comum.

Como já foi mencionado anteriormente, o surgimento da medida antecipatória do artigo 273 do Código de Processo Civil serviu para antecipar os efeitos da sentença de mérito, beneficiando o autor. Caso ele não tivesse essa alternativa, poderia ser “presenteado” com uma sentença procedente, mas ao mesmo tempo ineficaz, diante da alteração no mundo dos fatos anteriormente provocados pelo réu, que na verdade foi o beneficiado pela demora da prestação jurisdicional.

A concessão de medida antecipatória vem fortalecer o direito da efetividade da jurisdição em detrimento do direito da segurança jurídica, porém, isso ocorre diante da observação de um princípio que o legislador contemplou ao elaborar a nova lei: o princípio da necessidade, que se depreende como a formulação de regra legislativa destinada à obtenção de uma concordância prática entre dois ou mais direitos fundamentais assegurados pela norma constitucional. Zavascki acrescenta, face à observação dos direitos constitucionais, que “a antecipação dos efeitos da tutela pode ser total ou parcial e na determinação da extensão da antecipação deve o juiz observar a limitação ao direito fundamental à segurança jurídica na medida do limite estritamente necessário à salvaguarda do direito da efetividade aqui prevalente.”⁷³ A essa mensuração abstrata denomina-se princípio da menor restrição possível. Acrescenta ainda o mesmo autor que “havendo cumulação de pedidos e estando apenas um deles sob risco de dano, não será legítima a antecipação da tutela em relação ao outro; da

⁷¹ Apud DIAS, Beatriz Catarina. Op. cit., p. 69.

⁷² ZAVASCKI, Teori Albino. Op. cit., p. 3.

⁷³ Ibid., p. 75.

mesma forma, se a antecipação de alguns efeitos da tutela é, por si só, apta a afastar o perigo, não será cabível — e sim, será vedada — a antecipação dos demais”⁷⁴. Continuando sua explicação sobre os princípios norteadores da concessão de medidas antecipatórias, Zavascki indaga se “seria legítima a antecipação (e, portanto, a execução antecipada) dos efeitos da futura sentença, nas hipóteses em que a própria sentença, porque sujeita a recurso com efeito suspensivo ou a reexame necessário, não tem executividade imediata?”⁷⁵ A resposta a tal questão remete a interpretações quanto à mudança dos rumos ideológicos do processo. O sistema ora instalado no direito processual privilegia a efetividade do processo. Essa opção do legislador deverá ser considerada daqui para frente, sendo identificado tal entendimento como princípio de interpretação das demais normas processuais. Sendo assim, entende Zavascki⁷⁶ que as normas do sistema processual deverão ser interpretadas e aplicadas segundo o referido princípio com o fulcro de obter de forma sistemática resultados que convirjam para o alcance do valor jurídico privilegiado. Por fim, dispõe o parágrafo segundo do artigo 273 do Código de Processo Civil: “não se concederá a antecipação de tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”. De certo a interpretação literal do texto é descabida, pois a vedação aqui deve ser relativizada. Zavascki⁷⁷ entende que se deve privilegiar o direito provável em relação ao improvável, mas, nestas circunstâncias, deve o juiz prover meios adequados à reversibilidade da situação *vg*: nos casos em que se exige caução pelo menos para garantir a reparação de eventuais indenizações. O dispositivo da lei anteriormente citado observa estritamente o princípio da salvaguarda do núcleo essencial, visto que antecipar irreversivelmente seria antecipar a própria vitória definitiva do autor sem assegurar ao réu o exercício do seu direito de defesa, tornando-se absolutamente inútil o prosseguimento do processo ligado ao pedido de tutela antecipatória. O mesmo autor acrescenta que “não se pode confundir irreversibilidade com satisfatividade. Todas as medidas antecipatórias são, por natureza, satisfativas, isto é, permitem a fruição, ao menos em parte, do bem da vida reclamado pelo autor da demanda. A satisfatividade, todavia, pode ter consequência reversível ou irreversível no plano dos fatos. Será reversível quando permitir a recomposição integral da situação fática anterior ao seu deferimento e irreversível na situação inversa. A reversibilidade

⁷⁴ Ibid., p. 75.

⁷⁵ Ibid., p. 79.

⁷⁶ Ibid., p. 79.

⁷⁷ Ibid., p. 88

diz com os fatos decorrentes do cumprimento da decisão e não com a decisão em si mesma. Esta, a decisão, é sempre reversível, ainda que sejam irreversíveis as conseqüências fáticas decorrentes de seu cumprimento.”⁷⁸ Percebe-se, então, que a redação do dispositivo não foi adequada quando mencionou “irreversibilidade do provimento”, mais apropriada seria “irreversibilidade dos fatos decorrentes do cumprimento da liminar em antecipação”. Esta situação, como já se mencionou anteriormente, deve ser compensada por medidas determinadas pelo juiz.

Em muitos casos, para se solicitar um direito pretendido, é necessária a provocação da parte interessada pois, a tutela de ofício é exceção em nossa legislação. Dessa forma, para se obter a medida antecipatória do artigo 273 do Código de Processo Civil é preciso preencher os requisitos disciplinados na norma. São eles: a) requerimento da parte interessada; b) existência de prova inequívoca quanto ao direito pleiteado; c) verossimilhança da alegação; d) fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou, alternativamente, que fique evidenciado o abuso de direito de defesa do réu ou manifesto propósito protelatório e e) não configuração do perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. Em que consiste cada um desses requisitos ? Vejamo-los: a) o requerimento da parte interessada: este requisito é decorrente do princípio da demanda (art.2º do CPC) e, sendo ele expresso no *caput* do artigo 273 do Código de Processo Civil, não há como ser concedida antecipação de ofício pelo julgador, ficando este limitado aos parâmetros estabelecidos pelas partes no tocante à iniciativa e à natureza do pedido e à utilização dos meios de prova e convencimento de que dispuserem. De acordo com Bermudes,⁷⁹ “tem legitimidade ativa para propor o pedido de antecipação não só o autor, que originalmente postulou sua pretensão em juízo, como também o Ministério Público e o terceiro interveniente”. O que dizer então a respeito do réu? Apesar do *caput* do artigo 273 do Código de Processo Civil falar em “pedido inicial,” dando a entender pela exclusão da possibilidade de requerimento do réu, deve-se observar a supremacia do princípio constitucional da igualdade argüido por Araken de Assis⁸⁰ ao afirmar também a possibilidade do réu ser parte legítima à propositura do pedido nas hipóteses dos artigos. 287 parágrafo 1º e

⁷⁸ Ibid., p. 97.

⁷⁹ Apud DIAS, Beatriz Catarina, Op. cit., p. 74.

⁸⁰ Apud DIAS, Beatriz Catarina, Op. cit., p. 74.

315 do Código de Processo Civil. Bermudes⁸¹ ensina que “o requerimento da tutela antecipada é feito por petição nos próprios autos do processo, sem a abertura de apenso. Nada obsta a que, na própria inicial, demonstrando os pressupostos do *caput* do inciso I (não do inciso II, que evidentemente, só se verificam diante da resposta ou da conduta protelatória do réu) e do parágrafo 2º do artigo 273 do Código de Processo Civil, o autor requeira, desde logo, a antecipação”. O juiz, por conseguinte poderá conceder liminarmente, ou após a audiência do réu, que poderá se manifestar sobre o pedido na contestação, caso ele tenha sido formulado na inicial, ou no prazo de cinco dias (art.185 do CPC), se feito em petição avulsa. Depreende-se que em virtude do princípio constitucional do contraditório, em regra, deve o juiz colher a manifestação do requerido. Só excepcionalmente poderá ser dispensada a oitiva do réu nos casos em que outro princípio constitucional de mesma envergadura possa ficar comprometido em havendo audiência do réu; b) existência de prova inequívoca quanto ao direito pleiteado: Luiz Fux⁸² afirma que a prova inequívoca é a alegação calcada em fatos notórios, incontrovertidos ou confessados noutra parte entre as partes, bem como aquela fundada em presunção *iuris et de iure*, haja vista que a presunção relativa admite prova em contrário. Zavascki⁸³ entende que este conceito de prova inequívoca deva ser interpretada no contexto do relativismo próprio do sistema de provas, afirmando que “o que a lei exige não é certamente prova de verdade absoluta — , que sempre será relativa, mesmo quando concluída a instrução — mas uma prova robusta, que, embora no âmbito de cognição sumária, aproxime em segura medida, o juízo de probabilidade do juízo de verdade.” Sendo assim, não vemos o que vemos mas o que acreditamos ver, ou seja, vemos por meio de nossos olhos mas constatamos através de nossa vivência pessoal, daí se compreende as diversas interpretações de um mesmo fato. Essa relativização de prova explica o outro requisito; c) verossimilhança da alegação: pode parecer algo contraditório a exigência de prova inequívoca e juízo de verossimilhança mas, como dito ainda a pouco a “prova inequívoca” deve ser compreendida como prova suficiente para se ter uma relativa certeza do alegado que se traduz na verossimilhança; d) fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou, alternativamente, que fique evidenciado o abuso de direito de defesa do réu em manifesto propósito protelatório: neste caso o receio deve

⁸¹ Apud DIAS, Beatriz Catarina, Op. cit., p. 74.

⁸² Apud ALVIM, J.E. Carreira. *Tutela Antecipada na Reforma Processual*. Curitiba: Juruá, 1999. p. 63.

⁸³ ZAVASCKI, Teori Albino. Op. cit. p.76

proporcionar ao julgador a plausibilidade de ocorrência para que se convença da probabilidade de ocorrer o dano. Com relação ao abuso de direito de defesa do réu, entende-se que se trata dos atos processuais praticados com intuito de retardar o andamento do feito, como os evidenciados no artigo 14 III e IV do Código de Processo Civil, bem como, a prática de litigância de má-fé contemplada nos incisos do artigo 17 do CPC. Já o “manifesto propósito protelatório” (parte final do inciso II do art.273 do CPC) abrange atos e omissões fora do processo, mas a ele relacionado *vg.* simulação de doença, o ato de ocultar-se, destruição de provas e etc. e e) não configuração do perigo de irreversibilidade do provimento antecipado: como já foi dito anteriormente, o que se cogita aqui é a irreversibilidade dos efeitos produzidos no mundo dos fatos e das pessoas, pois o ato concessivo só pode ser possível se for reversível. A observância desses requisitos é mister para a correta fundamentação da demanda na medida antecipatória, que segue um rito peculiar, que será descrito a seguir.

A lei não determinou um momento processual adequado para se solicitar a antecipação dos efeitos da tutela, que fica a critério do titular da pretensão insatisfeita. Com o artigo 273 do Código de Processo Civil, a tutela antecipatória, que deixou de se restringir a alguns procedimentos especiais, passou a ser aplicada em qualquer processo de conhecimento nos procedimentos ordinário, sumário ou especial, estando presentes os requisitos exigidos observados no subitem anterior.

O regime procedimental mais flexível criado pelo novo artigo 273 do Código de Processo Civil não condicionou a postulação e deferimento do instituto a um momento certo e preclusivo. Sendo assim, a postulação pode ser feita na própria exordial, no curso do processo, de forma incidental, ou em fase recursal, segundo a tramitação processual e a existência ou eventual superveniência de fatos que dêem ensejo à formulação do pedido antecipatório. Em todos os casos, o interessado deverá declinar os fundamentos de sua pretensão, indicando a situação que lhe inspira fundado receio de dano (inciso I do art.273 do CPC) ou caracterizando o indevido comportamento do réu (inciso II do art.273 do CPC). O autor declinará também os efeitos satisfativos que pretende ver antecipados. Zavascki⁸⁴ afirma que mesmo se tratando de incidente processual relevante, visto que dele pode decorrer

provimento com eficácia executiva semelhante à de sentença definitiva, a lei não previu fosse o pedido autuado em separado. Isto já ocorria nos procedimentos especiais que contemplavam a possibilidade de antecipação de tutela (vg. ações possessórias, ação popular, mandado de segurança), em que não se previa autuação própria, não havendo empecilho de nota no andamento do processo.

Da mesma forma como a lei não determina um momento processual adequado para se postular a medida antecipatória, também não estabelece um momento preclusivo para concedê-la. Ela pode ser deferida a qualquer tempo, antes da sentença, bastando para tanto que se tenha tornado necessária. Marinoni⁸⁵ diz que “a concessão da tutela pode ser outorgada antes da ouvida do réu, quando o caso concreto a exigir, ou após a contestação, ou mesmo após encerrada a fase instrutória”. No caso de ser concedida a antecipação antes da oitiva do réu (possibilidade exclusiva do inciso I do art.273 do CPC), o julgador deverá explicitar a situação em que a citação do réu possa tornar ineficaz a antecipação. Pode ser que neste caso o juiz considere necessário realizar audiência prévia para melhor avaliar o perigo de dano. Nelson Nery Junior⁸⁶ afirma que, dependendo da urgência, o juiz poderá nesses casos realizar tal audiência somente com o autor e seu advogado. A doutrina não se harmoniza em relação ao prazo para os casos em que o julgador decida pela oitiva do demandado. Zavascki⁸⁷ afirma que “o prazo deverá ser compatível com a situação do caso concreto, o mais recomendável é que o próprio juiz o fixe em consideração ao grau de complexidade da causa e à urgência em promover a medida antecipatória”. Sérgio Bermudes⁸⁸ entende que o prazo é o da contestação ou, se o pedido for em petição avulsa, o de cinco dias (art.185 do CPC); Calmon de Passos⁸⁹ defende o prazo idêntico ao da defesa na ação cautelar. Por analogia, pode-se sugerir o prazo de 72 horas fixado no artigo 2º da Lei nº 8437 de 30/06/92, para ouvida da pessoa jurídica de direito público, em relação a pedidos de liminar antecipatória em mandado de segurança coletivo e ações civis públicas (Art. 2º: “No mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante

⁸⁴ Ibid., p. 105.

⁸⁵ Apud DIAS, Beatriz Catarina. Op. cit., p. 87.

⁸⁶ Apud DIAS, Beatriz Catarina. Op. cit., p.87.

⁸⁷ ZAVASCKI, Teori Albino, Op. cit., p. 106.

⁸⁸ Apud ZAVASCKI, Teori Albino, Op. cit., p. 106.

judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas.”). Carreira Alvim⁹⁰ afirma que “a tutela antecipada é efetivada antes do trânsito em julgado da decisão e a tutela definitiva executada após o trânsito em julgado da sentença, salvo nos casos excepcionais de execução provisória”. Tal entendimento remete ao julgador extrema cautela ao proferir a decisão concessória. A natureza jurídica do provimento concessivo ou denegatório do adiantamento dos efeitos da tutela é de decisão interlocutória, passível de ser atacada pela parte contra quem foi concedida a antecipação mediante a interposição de recurso de agravo de instrumento. Interposto o recurso cabível, este será dirigido diretamente ao tribunal (art.524 do C.P.C.), onde o relator poderá, a requerimento do agravante e sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão agravada, entre outros, nos casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação (art. 558 do C.P.C.). Zavascki⁹¹ afirma que “fica consagrado, desse modo, mecanismo célere para controle (com eficácia temporária, até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara conforme o dispositivo) das decisões concessivas de tutela antecipatória, de cuja execução possa decorrer situação fática prejudicial e de reparabilidade incerta”.

Situação interessante é aquela em que o indeferimento ou o deferimento da medida ocorrer na própria sentença que julgar a causa. Nessa hipótese, qual seria o recurso cabível? Zavascki⁹² afirma não haver dúvidas de que o recurso apropriado é a apelação. Esse mesmo autor entende que, embora tenha o relator poderes para, também nesses casos, suspender o cumprimento da decisão apelada (parágrafo único do art.520 do CPC), há particularidade de que, ao contrário do agravo de instrumento, o processamento da apelação se dê perante o juízo de primeiro grau, ou seja, pelas vias ordinárias, havendo razoável demanda de tempo entre a prolação da sentença e a distribuição do recurso a um relator que possa apreciar eventual pedido de antecipação.

A sentença após a vigência da Lei nº11.232 de 2005, não pode ser encarada como sendo o ato mediante o qual o qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou

⁸⁹ Apud ZAVASCKI, Teori Albino. Op. cit., p.106.

⁹⁰ ALVIM, J.E. Carreira, Op. cit., p. 67.

⁹¹ ZAVASCKI, Teori Albino. Op. cit., p.109.

⁹² Ibid., p. 112.

não o mérito da causa, mas sim como sendo o “o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269” do Código de processo Civil⁹³.

A decisão interlocutória, por seu turno é, nos moldes do parágrafo segundo do artigo 162 do Código de Processo Civil, “ o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente”

De acordo com o ensinamento de Moacyr Amaral dos Santos⁹⁴, o recurso é o “poder de provocar o reexame de uma decisão, pela mesma autoridade judiciária, ou por outra hierarquicamente superior, visando a obter a sua reforma ou modificação”

Assim, se o agravo é um recurso, como é, não se pode negar que o seu objetivo é substituir, no todo ou em parte, a decisão agravada. Da mesma forma, a apelação tem como propósito substituir, no todo ou em parte, a sentença do juiz pelo acórdão do tribunal.

Os recursos são informados por determinados princípios, tendo relevância, no caso, apenas o princípio da unirecorribilidade, segundo o qual contra cada decisão só tem cabimento um recurso, e só excepcionalmente dois quando a legislação assim determinar, como na hipótese do artigo 498 do Código de Processo Civil(embargos infringentes, recurso especial e recurso extraordinário). Assim, este princípio não permite que de uma mesma decisão, sentença ou acórdão, possa ser interposto simultaneamente mais de um recurso.

O recurso de apelação, como regra, deve ser recebido pelo juiz que proferiu a sentença de mérito em dois efeitos, no caso o devolutivo e o suspensivo consoante determinação constante no *caput* do artigo 520 do Código de Processo Civil.

Ocorre que, excepcionalmente ela poderá ter somente o efeito devolutivo, como é o caso de apelação interposta para atacar as sentenças referidas nos incisos do artigo

⁹³ Art.162, §1º do Código de Processo Civil.

⁹⁴ Amaral Santos, Moacyr. Primeiras linhas de direito processual civil.v.1.20ªed. São Paulo:Saraiva,1998.p.82

520 do Código de Processo Civil, dentre eles, por força da Lei nº10.352 de 26 de dezembro de 2001, a sentença que “confirmar a antecipação dos efeitos da tutela”.

A parte inicial do *caput* do artigo 520 do Código de Processo Civil, ao permitir que a apelação seja recebida apenas no efeito devolutivo, visa permitir que o apelado promova, desde logo, a execução provisória da sentença, extraindo a respectiva carta, nos moldes do artigo 521 do Código de Processo Civil⁹⁵

A questão dos efeitos dos recursos, quando a tutela antecipada é concedida antes da sentença, praticamente não apresenta divergência, pois, ao atingir a decisão de mérito da causa, certamente ela já terá sido efetivada. Assim, ao dizer o artigo 520, VII do Código de Processo Civil, que só tem efeito devolutivo a apelação interposta de sentença que confirmar a antecipação dos efeitos da tutela, em nada contribuiu para o nosso ordenamento jurídico, na medida que se tornou redundante.

A problemática surge quando ocorre a hipótese de serem antecipado os efeitos da tutela no próprio corpo da sentença, haja vista que tal situação não se equipara à “confirmação”, mas sim de “concessão” da própria tutela na sentença.

Para os que sustentam que a sentença se compõe de diversos capítulos, e assim, há a possibilidade de o juiz poder, em um deles proferir a decisão de mérito, e em outro, proferir uma decisão antecipatória de tutela, esbarra em outro complicador, que é a de identificar os recursos cabíveis contra tais decisões, se apenas a apelação, considerando a sentença da sua totalidade, ou a apelação e o agravo, destinando-se aquela a impugnar a decisão de mérito e este a decisão a decisão antecipatória. Eis aí a divergência bipartível: a) são cabíveis dois recursos simultâneos (agravo de instrumento e apelação); b) é cabível tão somente para tal hipótese, o recurso de apelação.

⁹⁵ Art. 521. Recebida a apelação em ambos os efeitos, o juiz não poderá inovar no processo; recebida só no efeito devolutivo, o apelado poderá promover, desde logo, a execução provisória da sentença, extraindo a respectiva carta.

Como exemplos dos doutrinadores que se posicionam a favor da primeira corrente podemos citar o Professor e Desembargador do Tribunal de Justiça de Pernambuco Ricardo Paes Barreto e Eduardo Talamini. Para eles, quando o juiz defere ou indefere a antecipação na sentença, em verdade, profere duas decisões, uma que decide o mérito da demanda, impugnável por meio de apelação, e outra que decide pela concessão da tutela antecipada, recorrível por meio de agravo de instrumento. Se são duas decisões distintas, dois distintos efeitos serão extraídos, sendo então cabíveis dois recursos distintos para cassar os dois efeitos.

Ricardo Paes Barreto⁹⁶ admite tal hipótese por ser ela mais prática, além do que “só a interposição concomitante do recurso de apelação, objetivando a reforma do julgado, e do agravo de instrumento, visando ao efeito ativo da liminar revogada ou indeferida naquele mesmo corpo decisório, ou, no segundo caso, concedida a liminar, buscando o efeito suspensivo em relação ao seu direito, sem que tal configure duplicação de recursos, senão ataque aos efeitos que decorreram de cada uma dessas decisões” .

Eduardo Talamini⁹⁷ chega a essa mesma conclusão, porém, faz a ressalva de que, de qualquer forma, deve se utilizar o princípio da fungibilidade.

Parte da jurisprudência também admite a interposição simultânea dos dois recursos, consoante decisões abaixo transcritas :

“Ementa: Antecipação de tutela pode ser deferida na própria sentença, decisão que, sujeita ao recurso de agravo de instrumento não se submete ao efeito suspensivo da apelação. Diante do convencimento do magistrado é de se deferir a antecipação de tutela, afastando-se o perigo da irreversibilidade da medida pela cautela de se condicionar o levantamento da importância da caução.”(TAPR -

⁹⁶ Barreto, Ricardo Paes. Possibilidade de concessão ou negativa da tutela antecipada na sentença: Adequação recursal, *in* Revista da Esmape, V,7, n°15, jan/jun.,2002.

⁹⁷ Talamini, Eduardo. Recorribilidade das decisões sobre tutela de urgência, *in* Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e outra formas de impugnação às decisões judiciais. Coord. Teresa Arruda AlvimWambier e Nelson Nery Júnior, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

Agravo de Instrumento 136669-6 - Cianorte - Ac. 11997 – 3ª Câmara Cível - Rel. Juiz Rogério Coelho.)

“Ementa: Agravo de Instrumento. 1. Preliminar. Impropriedade do Agravo de Instrumento. Tutela antecipada concedida na sentença meritória. Rejeitada. 2. Mérito. Ação Popular. Ordem de Fechamento do Pátio de Contêineres . Monopólio da atividade portuária. Cláusula contratual nula. Matéria reservada à apelação. Agravo provido à unanimidade . 1. A tutela antecipada deferida no bojo da sentença de mérito possui cunho de decisão interlocutória, a enfrentar o recurso de agravo, nas modalidades retida ou de instrumento. Preliminar de impropriedade recursal rejeitada por maioria de votos. 2. A análise acerca da nulidade do negócio jurídico é matéria afetada á sentença proferida nos autos da Ação Popular, competindo neste agravo de instrumento apenas a análise de parte do decisum que determinou a suspensão do fechamento do Pátio de Contêineres do Porto, oportunizando a livre concorrência. 3. Matéria sujeita a recurso de apelação, que deverá ser recebido em ambos os efeitos, devendo o decisum permanecer inexecutível. 4. Agravo de Instrumento provido, á unanimidade”. (TJPE - Agravo de Instrumento, 4ª Câmara Cível., Rel. Des. Jones Figueiredo, DJ 228, 11/12/2004)

À princípio, a corrente que sustenta caberem dois recursos contra a sentença que decide o mérito da causa e antecipa os efeitos da tutela estaria violando o princípio da unirrecorribilidade das decisões. Note-se que com as alterações trazidas pela lei nº 11.187/2005, que alterou o recurso de agravo, determinando que o agravo na modalidade retida passasse a ser a regra geral para se combater decisões interlocutórias, estaríamos diante de um formalismo exacerbado, pois o agravo retido chegaria ao tribunal nos autos da própria apelação. Ademais, de ser lembrado que poderia a parte prejudicada com a antecipação, obter a suspensão da eficácia da sentença com arrimo no artigo 558 do Código de Processo Civil⁹⁸,

⁹⁸ Art. 558. O relator poderá, a requerimento do agravante, nos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea e em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil

possibilidade esta também presente em caso de interposição de apelação, consoante parágrafo único do mesmo artigo⁹⁹, podendo o apelante, em preliminar nas razões de recurso, ou em caso de urgência, por meio de petição para o próprio tribunal.

Evidente que o princípio da unirrecorribilidade das decisões se opõe à interposição de mais de um recurso contra a mesma sentença, mesmo se admitindo a divisão desta em capítulos, pelo que, neste caso, ficaria afastado o cabimento do agravo.

Estribado no princípio da unirrecorribilidade, Luiz Guilherme Marinoni¹⁰⁰ prevê a possibilidade do juiz decidir em uma mesma ocasião a respeito do pedido de antecipação e da extinção do processo com ou sem julgamento do mérito, entretanto contra cada uma dessas decisões de natureza diversas deverá ser interposto o recurso apropriado.

Carreira Alvim¹⁰¹, por seu turno, distingue a decisão proferida antes da sentença, como sendo aquela calcada no artigo 273, e a antecipação dos efeitos na própria sentença, antecipa, de fato, os efeitos da própria sentença, o que implicaria na concessão apenas do efeito devolutivo a eventual recurso interposto.

O vigente Código de Processo Civil, efetivamente é omissivo quanto à afirmativa de que “a parte não poderá usar, ao mesmo tempo, de mais de um recurso”, como previa o antigo Código de Processo Civil de 1939, no entanto a vigência de tal princípio é unânime da doutrina pátria.

Transcrevemos abaixo parte do voto proferido pelo Ministro Castro Filho, do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Recurso Especial nº345.518-RS(2001/0120070-0), onde consagra o princípio da unirrecorribilidade:

reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara.

⁹⁹ Art.558. Parágrafo único. Aplicar-se-á o disposto neste artigo as hipóteses do art. 520.

¹⁰⁰ Marinoni, Luiz Guilherme. A antecipação da tutela na reforma do processo civil. São Paulo: Malheiros, 1995.p.61.

¹⁰¹ Carreira Alvim, J.E. Suspensão da execução da sentença, n. 16.5 *in* Doutrina, Livro III. Curitiba: Juruá, 2002. p.179-181.

“Para o deslinde da primeira questão, necessário prefacialmente, destacar o princípio da singularidade dos recursos. Este princípio estabelece que para cada ato judicial recorrível há um único recurso previsto no ordenamento, sendo vedada a interposição simultânea ou cumulativa de mais outro visando a impugnação do mesmo ato judicial.”

No Tribunal de Justiça de Pernambuco, consoante se vê da ementa abaixo transcrita, também existe entendimento que consagra o princípio da unirrecorribilidade:

“Ementa: RECURSO DE AGRAVO - AGRAVO DE INSTRUMENTO – TUTELA ANTECIPADA NA SENTENÇA – PRINCIPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE – IMPROPRIEDADE DO RECURSO. 1. Se o ato é sentença, não pode ser impugnado simultaneamente, por Apelação quanto ao mérito, e por Agravo quanto à tutela antecipada nela concedida, pois isto contraria o princípio da singularidade dos recursos. 2. O único recurso cabível contra a concessão de tutela antecipada no corpo da sentença é a Apelação . 3. Provimento negado à unanimidade” .(Agravo de Instrumento n°88073-9/02, Rel. Des. Etério Galvão, 1ª Câmara Cível , DJ 45, 11/03/2004)

Como nosso sistema jurídico define o recurso cabível pela natureza da decisão a ser impugnada, conclui-se que, para observar tal princípio, quando a decisão contiver inúmeros pronunciamentos do juiz no mesmo ato, o conteúdo mais abrangente prevalece sobre as demais decisões, viabilizando apenas um recurso. Assim, para ser atacada a sentença de mérito que contém decisão que concede antecipação de tutela, é a apelação o recurso cabível, pelo que, descabe a interposição simultânea de agravo e apelação, mas tão somente a apelação. Tal entendimento é o esposado, dentre outros, por Luciana Carreira Alvim, Calmon de Passos e Fernando César Zeni .

Ressaltamos que a concessão da tutela antecipada na sentença é basicamente uma técnica para tirar o efeito suspensivo da apelação, dando executoriedade imediata á sentença monocrática.

Entretanto, mesmo que a parte interponha simultaneamente os dois recursos acima referidos, o recorrente não pode ser prejudicado com o não conhecimento do

agravo em virtude do dissenso existente tanto na doutrina como na jurisprudência. Em hipótese tal, deverá ser aplicado princípio da fungibilidade recursal para ser evitado prejuízo à parte que interpôs os recursos, inexistindo, destarte “erro grosseiro”, em que pese existirem decisões em contrário, das quais destaco a seguinte:

“Ementa: PROCESSUAL CIVIL. TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA NA SENTENÇA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRELIMINAR SUSCITADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO POR INADEQUAÇÃO DO RECURSO. ACOLHIMENTO. Se a tutela antecipada é concedida no próprio bojo da sentença de mérito da ação, o recurso cabível para impugna-la é a apelação e não agravo de instrumento. Inaplicável o princípio da fungibilidade recursal, eis que o agravo de instrumento tem requisitos (intrínsecos e extrínsecos) diferentes do recurso de apelação. Ademais, tal princípio não encontra amparo no caso dos autos, tendo em vista que um dos requisitos para a sua aplicação é a existência de dúvida objetiva de qual o recurso cabível, entendendo-se como dúvida objetiva a existência de controvérsia na doutrina e na jurisprudência. Preliminar acolhida para não conhecer do Agravo de Instrumento por inadequação das via processual eleita para combater o deferimento da tutela antecipada quando da prolação da sentença de mérito” (Agravo de Instrumento nº 118040-1, Rel. Des. Fernando Cerqueira, 7ª Câmara Cível, 29/11/2005)

Como foi dito reiteradamente, o dispositivo do art. 273 do Código de Processo Civil não antecipa a tutela, mas, tão-somente, os efeitos da tutela pretendida, desde que preenchidos os requisitos da admissibilidade. Esses efeitos ou força de sentença, segundo Pontes de Miranda,¹⁰² “derivam da pretensão ou pretensões à tutela jurídica de cujo exercício resultou a ação.” Identificam-se os efeitos executivos não apenas nas sentenças condenatórias, como também nas constitutivas e nas meramente declarativas, pois, “não há nenhuma ação, nenhuma sentença, que seja pura. (...) A ação somente é declaratória porque a sua eficácia maior é a de declaração.”¹⁰³ Entretanto, quando a tutela servir ao demandante apenas ao se tornar definitiva, como nos casos de tutela meramente declaratória ou meramente constitutiva, a medida antecipatória não se mostra adequada, pois de sua provisoriedade não decorre qualquer utilidade prática, encontrando, assim, limitação no princípio da necessidade, pois não há de se

¹⁰² Apud DIAS, Beatriz Catarina. Op. cit., p. 91.

argüir a busca da efetividade da função jurisdicional. O parágrafo quarto do artigo 273 do Código de Processo Civil admite a possibilidade de revogação ou modificação do provimento a qualquer tempo, deixando claro que a precariedade constitui uma das características da decisão sobre tutela provisória. A possibilidade de alteração ou revogação a qualquer tempo respeita não só as decisões concessivas como também as denegatórias e tem como causa a mudança no estado de fato ou o aprofundamento da cognição do direito afirmado que clarifiquem uma situação diversa daquela mostrada inicialmente. Quando a situação fática que deu ensejo à antecipação desaparecer ou for reduzida em virtude de situações supervenientes, mas já houver sido deferido provimento antecipatório, não há como revogá-lo ou modificá-lo, persistindo o juízo de verossimilhança afirmado na inicial. Para esses casos, em que foi propiciada a antecipação do gozo do direito pelo seu titular, ensina Zavascki,¹⁰⁴ “seria admissível a revogação ou modificação somente com eficácia *ex nunc*, visando exclusivamente a suspensão de eventuais atos executivos futuros, sem afetar os efeitos já produzidos e desde que não importe em ônus para o autor beneficiado com a antecipação”. Isso já não ocorre quando o aprofundamento da investigação probatória ou o reexame da questão jurídica alteram o convencimento do julgador, provocando a inverossimilhança parcial ou total do direito afirmado no início. Nesses casos, afirma o mesmo autor, a medida poderá ser revogada ou modificada, parcial ou integralmente de forma a adaptar-se à nova situação evidenciada. Em relação à sentença de improcedência da demanda, esta revoga o provimento antecipatório, com eficácia imediata e *ex tunc*, sem necessidade de menção expressa a respeito, cabendo a aplicação analógica da Súmula 405 do Supremo Tribunal Federal relativa ao mandado de segurança.¹⁰⁵ Esse autor ainda acrescenta que em se tratando de revogação ou modificação em benefício do demandado (com desaparecimento ou mitigação da situação de urgência antes existente ou a constatação de que o direito se mostra inverossímil), pode o magistrado atuar de ofício. Ao contrário dos juízos de procedência, que exigem pedido expresso nesse sentido, os de improcedência podem ser pronunciados mesmo quando silente o interessado.

¹⁰³ Ibid., p. 91.

¹⁰⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. Op. cit., p. 114.

¹⁰⁵ Súmula 405 do STF: “Denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária”.

A efetivação do ato que antecipa os efeitos da tutela encontra-se disciplinado no parágrafo 3º do art.273 do Código de Processo Civil remetendo, *ex vi* da Lei nº10.444 de 07 de maio de 2005, ao disposto nos artigos. 588, 461, §§4º e 5º, e 461-A do Código de Processo Civil.

Tal efetivação é sujeita a ser revogada ou modificada a qualquer tempo (parágrafo 4º do art.273 do C.P.C.) e ocorrerá por conta e risco do exequente, ficando este obrigado a responder ao requerido pelos prejuízos causados pela efetivação da medida no caso desta ficar sem efeito. Na hipótese de haver risco de dano irreparável ao direito do autor de manifesta verossimilhança, e risco de irreversibilidade dos efeitos fáticos do provimento antecipatório, é recomendável ao julgador estabelecer a devida ponderação entre os bens jurídicos em confronto, impondo, se for o caso, uma caução ao autor, assegurando, assim, ao demandado uma eventual indenização pelos danos provenientes da antecipação caso esta não venha a se confirmar definitivamente. Dinamarco¹⁰⁶ observa na aplicação dos dispositivos referentes à execução provisória das sentenças uma cautela contra o risco de irreversibilidade, ressaltando que a responsabilidade civil do exequente, ainda que omitida pelo legislador, decorre das normas gerais de direito privado. Sendo assim, se prejuízos resultarem da execução da tutela antecipada, posteriormente revogada, por eles responderá a parte indevidamente beneficiada. Exceção a esta regra são as obrigações de natureza alimentícia em que, mesmo tendo sido efetivada a tutela antecipada, não se encontra o alimentante obrigado a indenizar, ainda que sucumbente na demanda.

Em resumo, a ampliação das possibilidades da solicitação de tutela antecipatória introduzida pelas Leis números 8.952 de 13/12/94 e 10.444 de 07/05/2002, provocou uma verdadeira revolução na estrutura do sistema processual brasileiro. Essa diversificação no uso da antecipatória, que já era utilizada no procedimento especial, exige do julgador um demasiado controle sobre seus efeitos no mundo fático do direito, por se tratar de medida provisoriamente concedida.

¹⁰⁶ Apud ALVIM, J.E. Carreira. Op. cit., p. 106-107.

A antecipatória enseja uma avaliação do princípio da efetividade da jurisdição. Aqui, busca-se uma celeridade processual, porém tal princípio encontra uma limitação no princípio da segurança jurídica decorrente do contraditório. É nessa seara de conflito que a decisão de antecipar ou não a tutela se fundamenta, pois, ao ser e ao não ser concedida ou a ser ou não ser revogada a antecipação, pode ocasionar danos aos litigantes. Por não de tratar de sentença definitiva, a decisão que antecipar a tutela configura decisão interlocutória, passível de recurso de agravo de instrumento. Por ser tutela provisória, não há de se falar em trânsito em julgado.

A medida antecipatória pode ser requerida como preliminar da ação em que a pretensão é deduzida, bem como após a apresentação da contestação. Entretanto, nada obsta ser ela requerida em outras oportunidades, como por ocasião de sentenciamento da ação, inclusive ao relator do recurso, quando o feito encontrar-se em segunda instância. Eventualmente pode ser requerida pelo réu.

A antecipatória pode ser solicitada em qualquer ação de conhecimento, principalmente nas de cunho condenatório e constitutivo, bem como nas demais ações, desde que a tutela pleiteada tenha condições de ser antecipada, e desde que estejam presentes os requisitos previstos no artigo 273 do Código de Processo Civil. São estes requisitos que também possuem forte ligação com a disciplina da tutela nas obrigações de fazer e de não fazer do artigo 461 do Código de Processo Civil, bem como com as observadas na disciplina da tutela antecipatória no procedimento especial. Por fim, a sentença que desacolher o pedido, cuja antecipação da tutela tenha ocorrido, automaticamente importa em revogação desta decisão em virtude dela decorrer da provisoriedade da antecipação.

4.2 A ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA NOS INTERDITOS POSSESSÓRIOS

Feitas as considerações comparativas acima, nos cabe, tratar da aplicabilidade ou não do artigo 273 do Código de Processo Civil¹⁰⁷, em se tratando de ato de esbulho ou turbação ocorrido há mais de ano e dia da proposição da ação respectiva, sem esquecer que para a concessão da medida antecipatória, necessário se faz a observância dos

¹⁰⁷ ART. 273 do C.P.C. : O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação, e :

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II- Fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§ 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, § § 4º e 5º, e 461-A.

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.

§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

Princípios supra referidos que norteiam a concessão da medida antecipatória, o princípio da necessidade; da menor restrição possível; da interpretação; e da salvaguarda do núcleo essencial.

Como anteriormente explicitado, para se falar em liminar em sede de possessória, é essencial que o ato turbativo ou esbulhativo tenha ocorrido até ano e dia, a contar da distribuição do feito possessório. Além de tal exigência, deverá o autor comprovar a posse, o esbulho ou a turbação, e a respectiva data destes, e que continua o autor sem a posse, ou turbado do seu exercício. O juiz recebendo a inicial, vai analisar a comprovação de tais exigências, e vai, nos moldes do artigo 928 do Código de Processo Civil¹⁰⁸, conceder a liminar, ou em não se convencendo, marcar a audiência de justificação. Em tal audiência, a prova é de cognição não plena, e presta-se tão somente para eventual comprovação das alegações da parte autora.

Em obtendo êxito o autor na demonstração das exigências do artigo 927 do Código de Processo Civil¹⁰⁹, o juiz deferirá a medida liminar, eis aí uma hipótese especial prevista na nossa legislação, não existindo lugar para incidência do artigo 273 do Código de Ritos Cíveis em tal situação, que é regra geral. Destarte, em sede de possessórias, não há porque admitir a antecipação da tutela com base no artigo sobredito quando o autor não conseguir obter a liminar que fora requerida com base no artigo 927 acima referido, até porque a norma geral do artigo 273 do Código de Processo Civil não foi editada para alterar o regime próprio estabelecido pelo legislador para os procedimentos especiais, mas sim para possibilitar a antecipação em termos genéricos.

Acaso viesse o artigo 273 do Código de Processo Civil para ser aplicado em procedimentos especiais e liminares específicas, na prática, teríamos que reconhecer a

¹⁰⁸ Art. 928 do CPC : Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração; no caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada.

¹⁰⁹ Art. 927 CPC: Incumbe ao autor provar: I - a sua posse; II - a turbação ou o esbulho praticado pelo réu; III - a data da turbação ou do esbulho; IV - a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção; a perda da posse, na ação de reintegração.

extinção do procedimento especial pois, antecipado o próprio direito independente de requisitos próprios e bem delimitados pelo legislador, para aquelas hipóteses restritas previstas no ordenamento, as liminares típicas seriam inservíveis, inócuas.

De ser lembrado, como já tratado acima que a liminar na demanda possessória é e sempre foi uma verdadeira antecipação da própria pretensão deduzida em juízo, se substituída pela antecipação da tutela, aniquilaria a sua tipicidade existencial, até porque naquele momento fático/legal, ou o autor está sujeito a uma hipótese (liminar típica-artigo 927 do C.P.C.), ou a outra (tutela antecipada-artigo 273 do C.P.C.) que são diversas nos seus requisitos.

O professor e magistrado paulista Francisco Antônio Casconi¹¹⁰, leciona que :

“ Tratando da antecipação da tutela na Reforma do Código de Processo Civil, Luiz Guilherme Marinoni registra:

“os procedimentos especiais são estruturados em atenção a determinadas particularidades do direito substancial. Estes procedimentos podem ser construídos com base na técnica da cognição sumária, admitindo-se a antecipação da tutela. Em geral, admite-se a tutela antecipatória, nos procedimentos especiais, a partir da constatação de que determinados direitos, em regra, não só podem ser evidenciados de plano, mas também merecem, por sua relevância social, tratamento diferenciado no plano do processo (...) Os procedimentos especiais que possuem tutela antecipatória em atenção à necessidade de tutela imediata de um direito evidente, não requerem, para concessão da tutela, fundado receio de dano, mas apenas a demonstração do direito afirmado, ou o preenchimento de determinados requisitos estabelecidos pelo legislador como imprescindíveis para a configuração da evidência do direito.”

E prossegue:

“Note-se, por exemplo, que de acordo com o art.928 do Código de Processo Civil, nas ações de manutenção e reintegração de posse, ‘ estando

¹¹⁰ CASCONI, Francisco Antônio : Tutela antecipada nas ações possessórias, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001. p 110

a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração; no caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado (...)’ Na ação de manutenção e na ação de reintegração de posse, quando propostas dentro de ano e dia da turbação ou do esbulho, a tutela liminar pode ser concedida independente de fundado receio de dano. Como é óbvio, o autor não pode requerer, na petição inicial destas ações, tutela antecipatória com base no art. 273, I . Na ação proposta depois de ano e dia, na qual o autor não tem direito à liminar prevista no art.928 do Código de Processo Civil, é possível discutir o cabimento da tutela do art. 273, I . Não obstante seja difícil vislumbrar um fundado receio de dano – capaz de justificar a tutela do art. 273,I – depois de passado ano e dia pode ser aceita em tese, a viabilidade de tal espécie de tutela” .

Evidentemente enfrenta-se situação diversa daquela em que turbação ou esbulho ainda permanecem aquém do curso de ano e dia, com força nova, quando o jurisdicionado sempre contou com o procedimento especial dos arts. 926 e seg. da Lei do rito a possibilitar a entrega antecipada da pretensão de mérito, competindo ao autor demonstrar sua posse e a data da ocorrência, nada mais. Diante da expressão legal que há muito garante a tutela interdital imediata, é válido supor que, sem lançar mão de adequado resultado satisfativo permitindo que se opere o prazo fatal, buscar supletivamente a tutela do art.273, I, implicaria em evidente burla ao sistema e aqui uma vez mais, Joel Dias Figueira Júnior, chama a atenção para a necessidade de prévia delimitação e identificação dos contornos da causa *petendi* – no procedimento especial das possessórias típicas e naquelas outras de procedimento ordinário:

“Assim sendo, versando a hipótese sobre moléstia a posse praticada no período não superior a ano e dia, tem lugar as utilizações dos *remédios interditalis de força nova*, não podendo o autor optar pela ação possessória com procedimento comum (ordinário ou sumário) ou sumaríssimo e, concomitantemente, articular pedido de antecipação de tutela júris-satisfativa, com fulcro no art. 273, I . Pelos mesmos motivos, se decorrer o prazo decadencial já mencionado sem que o interessado tenha ajuizado tempestivamente a ação possessória de rito especial, não poderá, em princípio, socorrer-se da proteção sumária estatuída no art. 273, I, com o escopo de obter o mesmo resultado (antecipação da tutela de reintegração ou manutenção de posse) e ancorado em idêntica causa de pedir (próxima e remota)”

Tendo em vista o fato de ser efetivada a distinção das diversas causas de pedir, quais sejam, a tipicamente interdital e a baseada em fundado receio de dano irreparável

ou de difícil reparação, que não se confundem, reputamos possível a antecipação dos efeitos da tutela mesmo que a parte autora tenha ajuizado a possessória após o lapso de ano e dia da data da turbação ou esbulho; e ainda que não tenha obtido êxito na demonstração dos requisitos elencados nos incisos do artigo 927 do Código de Processo Civil .

Em um passado recente, na vigência do Código Civil de 1916, se tratando a hipótese de proteção à posse, quando já transcorrido o prazo de ano e dia a caracterizar a força velha sem adoção do rito especial previsto no Código de Processo Civil, que possibilitasse a liminar típica prevista no artigo 928 de tal código, o procedimento comum ordinário haveria de ser cumprido, nos moldes do estatuído nos artigos 499(“O possuidor tem direito a ser mantido na posse, em caso de turbação, e restituído, no caso de esbulho”), 506(“Quando o possuidor tiver sido esbulhado, será reintegrado na posse, desde que requeira, sem ser ouvido o autor do esbulho antes da reintegração”), 507(“Na posse de menos de ano e dia, nenhum possuidor será mantido, ou reintegrado judicialmente, senão contra os que não tiverem melhor posse”) e 523(“As ações de manutenção e as de esbulho serão sumárias, quando intentadas dentro de ano e dia da turbação ou esbulho; e, passado tal prazo, ordinárias, não perdendo, contudo, o caráter possessório”) daquele Código Civil em conjugação com os artigos 926, 927 e 928 do Código de Processo Civil.

O mesmo Francisco Casconi, na obra acima referida reporta-se à Arruda Alvim, com a seguinte transcrição:

“ Aspecto mais delicado é o de saber se é possível a tutela antecipatória em determinados procedimentos especiais, v.g., como no caso de possessórias. As ações possessórias, através da possibilidade de medida liminar, contêm, historicamente mesmo, um sistema que guarda alguma similitude com a antecipação da tutela. O problema que se coloca á saber se, conquanto o autor haja promovido a sua ação *depois de ano e dia, e portanto, sem direito a medida liminar*, se se configurarem os pressupostos do art. 273, ainda assim, poderá ter direito à tutela antecipada. Em nosso sentir a resposta é positiva, pois que a fonte da liminar, quando a possessória é promovida dentro de ano e dia, é uma, ao passo que a razão de ser da tutela antecipada é outra, ou são outras. Mas é evidente que nesse caso, o juiz deverá avaliar o tempo, as condições da posse etc..”

Tal posicionamento denota a possibilidade da antecipação dos efeitos da tutela, no sentir de tal doutrinador (Arruda Alvim) mesmo quando ainda vigentes os dispositivos do Código Civil de 1916.

Cabível então a antecipação da tutela do artigo 273 do Código de Processo Civil nos procedimentos possessórios comuns, em feitos em que, por esta ou por aquela razão, o titular do pretense direito violado deixou transcorrer *in albis* o prazo de ano e dia e não propôs tempestivamente a demanda possessória .

Hodiernamente nossos tribunais tratam do assunto, também admitindo a possibilidade de tal concessão, mormente quando a liminar possessória é concedida ou negada com base unicamente nos pressupostos do art. 927 do Código de Processo Civil, o que não impede o deferimento da tutela antecipada, caso ocorram os requisitos referentes à prova da realidade da alegação, receio de dano ou abuso de defesa, o que não afastaria da indispensável segurança jurídica, que é essencial para a manutenção do estado democrático de direito, e conseguinte vida em sociedade, até porque *ubi societas, ibi ius*.

Evidente que a ação possessória, como qualquer outra ação, deve ter o mesmo tratamento por parte do magistrado, inexistindo razão para qualquer restrição não prevista em lei. Sobre as possessórias, incidem as mesmas regras das demais ações ordinárias em que restem evidenciados os requisitos legais para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela .

Quanto à antecipação dos efeitos da tutela na hipótese de posse de força velha, ela também é admitida bastando destacar seus requisitos próprios e inconfundíveis, quando o magistrado deverá verificar se efetivamente não se destina apenas a suprir falhas ou omissões decorrentes de inércia da parte que se sente turbada ou esbulhada como possuidora. A tutela sumária diferenciada de evidência, insustentável a urgência na posse de força velha, deve ser enfrentada na apenas em relação aos requisitos contidos no artigo 273 do Código de Processo Civil, mas com análise da regência dos procedimentos pois, diante da norma positiva, destituído de fundamento obter-se-á o mesmo tipo de proteção, mesmo que a parte interessada

não lance mão da liminar típica. Tal resposta jurisdicional antecipatória vem suprir o vazio do sistema processual de modo a afastar a tormentosa, e porque não dizer injusta resposta jurisdicional tardia.

Destituída de qualquer razoabilidade o entendimento de que a antecipação dos efeitos da tutela afrontaria os mecanismos presentes na lei processual, ou mesmo que poria por terra a liminar típica e longeva das possessórias. Sua aplicação exige extrema cautela do magistrado e um amplo conhecimento do fato e situação do objeto do esbulho ou turbação.

O já referido professor e magistrado paulista Francisco Antônio Casconi, na obra acima referida¹¹¹, trata da distinção entre as tutelas de urgência e as tutelas de evidência, inclusive referindo-se ao Professor Adroaldo Furtado Fabrício nos seguintes termos:

“Ponto fulcral parece residir efetivamente na distinção entre as tutelas de urgência e as tutelas de evidência, apesar de comum e incorreta identificação coincidente, e aqui o Professor Adroaldo Furtado Fabrício assenta com propriedade que:

Se a demora na entrega da prestação jurisdicional cria o risco de sua inutilidade prática quando ao fim sobrevier, ou de sua reduzida efetividade prática podem-se instituir mecanismos assecuratórios tendentes a preservar o bem da vida em disputa, colocando-se-o sob custódia judicial a fim de que ele se conserve com o mínimo de desgaste ou deterioração até que se decida sobre sua titularidade. Se, por outro lado, a alta probabilidade de ter razão o autor desde logo se impõe ao espírito do Juiz, razoável é, por igual, que àquele se outorgue, mesmo provisoriamente, a fruição desse bem durante o curso do processo ou, quando menos, a subtração desse desfrute ao réu. Tem-se, no primeiro s]caso, a tutela de urgência e, no segundo, a tutela de evidência (Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares in Inovações do Código de Processo Civil, Ed. Livraria do Advogado, p. 12)”.

¹¹¹ CASCONI, Francisco Antônio : Tutela antecipada nas ações possessórias, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001. p 115

Hodiernamente não existe razão, nem de fato, nem de direito para que não seja deferida a antecipação dos efeitos da tutela na hipótese de posse de força velha, no passado, ainda na vigência do Código Civil de 1916, admitir-se-ia a fundamentação seguinte, dos votos dos Ministros Rui Rosado de Aguiar e Aldir Passarinho Júnior, nos autos do Recurso Especial de número 201.291-ES (1999/0004832-6), relatado pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, na quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça :

“VOTO-MÉRITO :

EXMO SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR:

Sr. Presidente, fico realmente impressionado com a argumentação do eminente Ministro Aldir Passarinho Junior, porque o Código Civil, em um ponto, limita a proteção à posse nova (art. 507), enquanto em outro protege o esbulhador que está na posse há mais de ano, só autorizando contra ele ação ordinária, não o procedimento sumário (art. 523).

"Art. 507. Na posse de menos de ano e dia nenhum possuidor será mantido, ou reintegrado judicialmente, senão contra os que não tiverem melhor posse."

"Art. 523. As ações de manutenção e as de esbulho serão sumárias, quando intentadas dentro em ano e dia da turbação ou esbulho; e, passado esse prazo, ordinárias, não perdendo, contudo, o caráter possessório."

Essa segunda disposição tem natureza processual, como disse o eminente Ministro-Relator. O Código Civil não chega a dizer que é possível ou não uma decisão liminar em uma ação ou em outra, apenas diz que uma terá procedimento sumário e a outra, o ordinário. Assim, fica para a legislação processual estabelecer quais as medidas que podem ser adotadas no procedimento sumário e o que se poderá dar no procedimento ordinário. Agora veio a lei processual e estabeleceu que no procedimento ordinário também se pode antecipar a tutela. Então, é possível a conciliação desses dois dispositivos, o do Código Civil e o do Código de Processo Civil, para chegar-se à mesma conclusão a que chegou o eminente Ministro-Relator. Impressiona o fato de que se trata de uma questão processual que implica muitas vezes a retirada de pessoas de sua residência, que podem já ali estar em situação consolidada de alguns anos.

Acompanho o eminente Ministro-Relator, não conhecendo do recurso, mas me reservo para examinar a matéria oportunamente, diante dessa particularidade que sugere a ação possessória. Entendo que para a ação de reintegração de posse não se deva permitir a antecipação da tutela contra possuidor que tem posse há mais de ano e dia.

Com essa ressalva, acompanho.”

“VOTO-VENCIDO

EXMO. SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR:

Sr. Presidente, tenho que ao definir o que seja "nova" ou "velha", para daí aplicar a proteção quanto à retomada liminar ou não do imóvel ocupado, o legislador civil não traçou, apenas, norma de caráter processual, mas de direito substantivo mesmo, calcado na estabilidade e proteção ao grupo familiar já estabelecido há algum tempo no local, em que, por isso, o seu direito se consolida a tal modo que impede a retirada imediata, que pode causar danos irreversíveis.

Evidente que o legislador processual, ao criar o instituto da tutela antecipada, não poderia prever todo o tipo de situação, de modo que cabe a nós, intérpretes, temperar a regra adjetiva, geral, que, na espécie, penso não prevalecer sobre a do art. 508 do Código Civil, até o julgamento definitivo da lide pelo rito ordinário, com ampla fase cognitiva.

Peço, assim, vênia para divergir de meus ilustres pares, para conhecer do recurso especial e lhe dar provimento.”¹¹²

Em já tendo transcorrido mais de ano e dia da data do esbulho, na hipótese de uma reintegração de posse, quando da distribuição da demanda, Nelson Nery¹¹³, no seu Código de Processo Civil de 1997-quando vigia o Código Civil de 1916, já ensinava que seria totalmente possível a concessão da antecipação dos efeitos da tutela. Hoje, Nelson Nery não é solitário em tal posicionamento, esposado desde a vigência da redação do artigo 273 do Código de Processo Civil, imposta pela Lei 8.952/94, que mesmo durante a vigência do Código Civil de 1916, já poderia acontecer, tanto que, nos autos do já referido Recurso Especial de número 201.291-ES (1999/0004832-6), o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira(Relator), foi seguido, em julgamento ocorrido em 25 de junho de 2002, pelos também ministros do Superior Tribunal de Justiça Barros Monteiro e César Asfor Rocha, em seu fundamentado voto, de onde transcrevo abaixo alguns fragmentos :

“Dois são os temas trazidos a debate no recurso especial: a possibilidade ou não de antecipar-se a tutela declaratória e a tutela da posse de mais de ano e dia.

Conquanto, para alguns, se possa afastar, em tese, a admissibilidade da tutela antecipada nas ações declaratórias, dados o seu caráter exauriente e a

¹¹² Recurso Especial nº 201.291-ES (1999/0004832-6), Rel.Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira do S.T.J.

¹¹³ NERY Júnior, Nelson : Código de processo civil anotado e legislação processual civil extravagante em vigor, 3ª Edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

inexistência de um efeito prático imediato a deferir-se, a doutrina e a jurisprudência vêm admitindo a antecipação nos casos de providência preventiva, necessária a assegurar o exame do mérito da demanda. Neste sentido, a lição de Guilherme Marinoni:

"É preciso que fique claro, porém, que a questão da tutela antecipatória nas ações declaratória e constitutiva não exige que se indague, necessariamente, a respeito da possibilidade da antecipação da declaração ou da constituição, ou sobre a viabilidade da tutela antecipatória apresentar-se, nestas ações, em termos de declaração ou constituição sumária. [...]"

A tutela inibitória concedida no curso das ações declaratória e constitutiva não tem caráter cautelar; tem, isto sim, natureza nitidamente preventiva. Ora, não é porque a tutela inibitória pode ser concedida na ação declaratória ou na ação constitutiva que ela perderá sua natureza preventiva para se transformar em tutela cautelar. A tutela inibitória fundada em cognição sumária não é cautelar, pois esta última, como será melhor esclarecido adiante (capítulo 4), não se destina a prevenir o ilícito, mas sim a garantir a efetiva reparação do direito" (Tutela inibitória, Revista dos Tribunais: 1998, n. 3.19.4, pp. 164-165).

E também de Nelson Nery Júnior:

"Ação declaratória. Definida acima a tutela antecipatória como medida executiva em sentido lato, poder-se-ia pensar, à primeira vista, ser ela incabível nas ações declaratórias. Entretanto, tendo em vista que o adiantamento nem sempre respeita ao mérito considerado em seu sentido estrito, pode ser que os efeitos de uma sentença declaratória comporte execução, tendo cabimento o adiantamento desses mesmos efeitos. É o caso da ação declaratória de inexistência de relação jurídica, tendo como causa de pedir o pagamento da dívida. O autor pode pedir, a título de antecipação de tutela, a sustação liminar do protesto da cambial já paga. O bem da vida por ele pretendido é a declaração judicial de inexistência da relação jurídica (sentença declaratória), mas o efeito pretendido é o de obstaculizar o protesto e a cobrança do título já pago (execução lato sensu)" (Código de Processo Civil Comentado, 4ª ed., Revista dos Tribunais, 1999, art. 273, n. 15, p. 750).

Com a mesma restrição de não ser cabível a antecipação da própria declaração do direito, mas sim alguma providência imediata, ensina João Batista Lopes:

"A declaratória é ação no plano da existência: "é o ser ou não ser da relação jurídica", na lapidar definição de Pontes de Miranda.

Ora, é princípio lógico que uma coisa não pode ser e deixar de ser ao mesmo tempo.

Daí se segue, também, que só a existência proclamada pelo juiz, na sentença, permite saber se o autor é ou não titular da relação jurídica objeto do pedido de declaração.

Por outras palavras, não pode o juiz declarar existente provisoriamente uma relação jurídica, conquanto lhe seja lícito antecipar, em favor do autor, alguns efeitos práticos decorrentes do pedido de declaração.

Por exemplo, afigura-se inaceitável, na ação declaratória de cláusula contratual, o reconhecimento provisório do direito afirmado pelo autor. A interpretação jurídica de cláusula contratual só confere a segurança buscada pelo autor se for definitiva, e a respectiva declaração só terá eficácia a partir do trânsito em julgado da sentença.

Entretanto, no exemplo citado, poderá o juiz antecipar algum efeito prático decorrente do pedido declaratório (p. ex., a realização de uma cirurgia ou a internação de um paciente na ação em que se discute cláusula de contrato de prestação de serviço de saúde).

Insista-se, porém: a eficácia declaratória (juízo de segurança) ou certeza (na linha da doutrina majoritária) é contemporânea ao trânsito em julgado, não podendo, pois, ser antecipada. A declaração, para conferir segurança ou certeza, não pode ser provisória, revogável ao longo do procedimento" (Tutela antecipada no processo civil brasileiro, Saraiva, 2001, n. 3.2.1, p. 46, grifei).

Outra não é a lição de José Roberto dos Santos Bedaque:

"A técnica da antecipação de efeitos da tutela jurisdicional está tradicionalmente ligada a provimentos de conteúdo condenatório, executivo ou mandamental.

Possível estendê-la também para as tutelas meramente declaratórias e constitutivas.

(...)

A classificação das tutelas deve ser feita em função dos efeitos produzidos no plano do direito material. Declarar, constituir, condenar e satisfazer são conseqüências substanciais da tutela. Consolidado e efetivado o pronunciamento judicial, aquilo que no direito material era incerto torna-se certo; o que necessitava ser modificado, modifica-se; o inadimplemento do direito deixa de existir.

Todas essas tutelas produzem efeitos práticos, mas principalmente jurídicos, na esfera material, pois afastam as diversas crises ali verificadas.

(...)

Essa providência acaba, na verdade, por alterar a estrutura do procedimento comum, pois, na medida em que antecipa, satisfaz, ainda que provisoriamente. Tal circunstância aproxima bastante o procedimento àquele previsto para as tutelas mandamentais e executivas lato sensu, em que a satisfação do direito se dá no próprio processo cognitivo, sem necessidade de execução autônoma. Difere, todavia, pelo aspecto provisório de que se reveste a satisfação" (Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização), São Paulo: Malheiros, 1998, n. 27, pp. 342-343).

Ao admitir a tutela antecipada nas "ações meramente declaratórias", conclui William Santos Ferreira que:

"os efeitos da sentença, embora prescindam de execução propriamente dita, extravasam os estreitos limites da mera declaração judicial solitariamente considerada, pois é por causa da sentença que se deverá

corrigir no mundo uma série de situações que dependam da premissa alterada pela sentença.

Logo, cumpridos os requisitos do artigo 273 do Código de Processo Civil, afigurar-se-á plenamente cabível a concessão de tutela antecipada em ações meramente declaratórias, pois serão antecipados os efeitos que só seriam verificados após a certeza jurídica exposta na sentença ("os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial" (GIFEI)- caput do artigo 273)" (Tutela antecipada no âmbito recursal, Revista dos Tribunais, 2000, n. 5.1, pp. 93-94).

Igualmente, extrai-se da doutrina de Sérgio Sahione Fadel:

"É que não se pode admitir, sem agressão ao sistema vigente, a exclusão, nas ações puramente declaratórias, da tutela antecipada, já que a lei não fez qualquer alusão a esse respeito, nem estabeleceu nenhuma restrição, voltada para a natureza do provimento emitido pelo juiz.

Se é fora de qualquer dúvida séria que todo provimento constitutivo ou condenatório contém, precedentemente, carga declaratória, no sentido de afirmar a existência ou não do direito ou da relação jurídica acerca dos quais versa, da qual advém a conseqüência constitutiva - positiva ou negativa - ou condenatória, fica solta e ressoa sem sentido a assertiva de que não é possível a antecipação de tutela constitutiva ou puramente declaratória.

A declaração provisória e a constitutividade, positiva ou negativa, com a mesma característica, fundadas em juízo de probabilidade e verossimilhança, são perfeitamente possíveis, salvo quando - e é essa a única exceção à regra - a lei reservar à sentença definitiva o efeito e o poder de declarar, constituir ou condenar" (Antecipação da tutela no processo civil, São Paulo: Dialética, 1998, n. 10.2, pp. 42-43).

Desta Corte, colhe-se a mesma orientação no REsp n. 195.224-PR (DJ 5/3/2001) e no AgRgMC n. 4.205-MG (DJ 4/3/2002), relatores os Ministros Waldemar Zveiter e José Arnaldo da Fonseca:

- "I - Defere-se Antecipação de Tutela Jurisdicional, quando, na ação declaratória, cumulada com anulatória e desconstitutiva, por si ou jungidas àquelas, visa-se alcançar eficácia concreta de decisão em que se não antecipada pode causar a perda de eficácia daquela declaratória. Doutrina. "A tutela antecipada é cabível em toda ação de conhecimento, seja a ação declaratória, seja constitutiva (negativa ou positiva), condenatória, mandamental, se presentes os requisitos do art. 273, CPC".

2. Em relação à posse de mais de ano e dia (posse velha), igualmente não se afasta de plano a possibilidade de antecipar-se a tutela, tornando-a cabível a depender do caso concreto. É o que entende Athos Gusmão Carneiro, citando Arruda Alvim:

"Nos casos de ações "de força velha", a aplicação do art. 273 dependerá das circunstâncias do caso concreto. Arruda Alvim considera "evidente que, nesse caso, **o juiz deverá avaliar o tempo, condições da posse etc.**" ("Tutela Antecipatória", in Reforma do CPC, Ed. Saraiva, 1996, p. 112)"

(Da antecipação de tutela no processo civil, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, n. 60.3, p. 82).

Sérgio Sahione Fadel, na obra já referida, também ensina:

"No entanto, o instituto do art. 273 do CPC pode, igualmente, ser aplicado às ações petitórias, de natureza possessória, mesmo que de força velha, para desfazer esbulhos de mais de ano e dia, desde que o autor faça prova convincente de sua posse esbulhada, justifique os prejuízos de difícil reparação e apresente versão dos fatos verossímil, em suma, desde que atenda os requisitos genéricos, exigidos para a tutela antecipatória.

É que o art. 273 do CPC, instituidor da antecipação de tutela, é norma que criou disposições gerais a par das especiais já existentes, com aplicação a todo e qualquer processo de conhecimento, como decorre de regra de hermenêutica estabelecida pelo art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil.

Não há, assim, por que deixar-se de considerar a hipótese de esbulho possessório, em que a posse, embora de força velha, deva ser tutelada antecipadamente pelo magistrado, desde que o autor prove suas alegações e haja perigo de dano irreparável ou de difícil reparação.

Mesmo nos casos de intuito protelatório do réu ou de abuso de direito de defesa, será lícito ao juiz, "et pour cause", deferir a tutela antecipada com base no art. 273, II, do CPC" (n. 32.6, p. 113).

E Nelson Nery Júnior, no ponto, não destoa:

"Ação possessória. Força velha. Caso o esbulho tenha ocorrido há menos de ano e dia (força nova), cabe ação possessória pelo procedimento especial do CPC 926 ss., com adiantamento liminar da tutela de mérito (CC 508). Nesse caso, o autor do interdito possessório só terá que demonstrar a sua posse e a data da ocorrência do esbulho (CPC 927 III), para que tenha direito à reintegração ou manutenção liminar (tutela antecipatória de mérito). Havendo o esbulho sido perpetrado há mais de ano e dia (força velha), caberá ação possessória pelo rito comum (ordinário ou sumário). **Nessa ação o autor pode pedir a tutela antecipada com base na norma ora analisada, mas para obtê-la terá de comprovar a existência de sua posse, do esbulho ou turbação, bem como dos demais requisitos do CPC 273" (op. cit., art. 273, n. 16, p. 750).**

3. Uma vez assentada a possibilidade de concessão, em tese, da tutela antecipada nas ações declaratórias e na posse velha, é de registrar-se que, no caso, as instâncias ordinárias deferiram a medida com base nas circunstâncias da demanda e no conjunto probatório dos autos, dos quais extraíram a verossimilhança das alegações e o caráter inequívoco da prova produzida, tornando inviável o reexame do tema na instância especial.

...”(grifei)

Referindo-se à João Batista Lopes, Francisco Antônio Casconi¹¹⁴ afirma que “nos procedimentos em que autorizada a antecipação através de liminares típicas, não há espaço para o art.273 da lei do rito, assertiva que se tem como válida para as possessórias, onde descabida a antecipação de tutela de caráter geral quando a parte não obtém a liminar do art.927, sob pena de alterar a norma genérica regime próprio.”

Casconi¹¹⁵, refere-se ao julgamento proferido em novembro de 1996, pela 12ª Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, nos autos do Agravo de Instrumento nº718.150-4, onde uma pessoa “admitida como empregada para cuidar de anciã que veio a falecer, apesar de dispensada, a pessoa permaneceu no imóvel por mera liberalidade do espólio e, embora solicitada a desocupação, aguardaram os herdeiros tempo superior ao decadencial para propositura de demanda. Diante da prova inequívoca, presente probabilidade de consumação de danos patrimoniais de problemática reparação, já que o imóvel permanecia à margem de sua destinação natural, reformada a decisão denegatória, concedeu-se a tutela do art. 273 da lei processual.”

Assim, quando não mais vigoram os ditames dos artigos 507 (“Na posse de menos de ano e dia, nenhum possuidor será mantido, ou reintegrado judicialmente, senão contra os que não tiverem melhor posse”) e 508 (“Se a posse for de mais de ano e dia, o possuidor será mantido sumariamente, até ser convencido pelos meios ordinários”), ambos do Código Civil de 1916, não existirá óbice algum ao deferimento do pedido de antecipação dos efeitos da tutela, em que pese, mesmo na vigência deles, como já me referi, óbice já não existia à tal deferimento, em que pese a existência de entendimento diverso, até porque : “A Lei não protege aqueles que dormem”; e a posse dever sempre implicar no exercício de vigilância, tendo o possuidor que vigiar sua posse; e ainda na assertiva de que quem pôde esperar para intentar a ação, por mais de ano e dia, poderá esperar mais um pouco para o transcurso das vias ordinárias; etc., defendo sim a possibilidade da antecipação aqui comentada, e repito, fundamentada na congruência dos ditames dos artigos 273 e 927 do Código de Processo Civil,

¹¹⁴ CASCONI, Francisco Antônio : Tutela antecipada nas ações possessórias, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001. p 117

¹¹⁵ IBDEN – Ibid.p. 118

artigos estes que se utilizados nos moldes antes propostos afastarão a injustiça referida por Rui Barbosa(1849-1923) na sua Oração aos Moços, quando pontificou: “A justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”¹¹⁶ .

CONCLUSÕES

No transcorrer deste trabalho, tratamos de matérias presentes em quase todas as varas cíveis de quase todas as comarcas deste país. Tratamos de matérias relevantes, que a cada dia, de forma mais freqüente estão nos noticiários de rádio, televisão e em revistas do Brasil e de outros países.

Sempre sobre o prisma do ser, com vistas ao dever ser, tratamos do conceito do termo posse, nas várias acepções existentes para ele. Verificamos que no sentido jurídico, a posse revelaria a condição de proprietário daquele que a exerce, e que a posse, externa uma situação de fato que possui amparo no mundo jurídico. Dita proteção jurídica não nasceu ontem, tampouco há anos ou lustros, mas sim há vários séculos; por meio dos interditos, se previne um ataque ao regular exercício da posse , se normaliza o pleno exercício da posse, e finalmente se restaura o pleno exercício dela, acaso perdida injustamente.

¹¹⁶ RÓNAI, Paulo. Dicionário universal Nova Fronteira de citações. Rio de Janeiro:Editora Nova Fronteira.1985. p525

Observando-se o *due process of law*, pode-se fazer a defesa da posse, contudo, antes mesmo da existência do processo, a lei, de forma ímpar, garante ao possuidor a possibilidade de sozinho, sem o aparato estatal, mas com o manto legal, defender a sua posse, e ainda de restabelecer o *status quo ante* reinante da posse.

Verificamos, após dissecar o instituto da posse, que a sua importância é refletida nas várias hipóteses protetivas que a lei lhe outorga. Vislumbramos as distinções entre as ações que pleiteiam a posse em nome da própria posse, no caso as ações possessórias; e entre as ações que buscam a posse diante da existência única do domínio, no caso, as petições.

Após análise histórica, delineamos os três interditos possessórios previstos na nossa legislação, especificando as hipóteses fáticas para a utilização de cada um deles, sem no entanto deixarmos de tratar da possibilidade de conversão, por parte do magistrado, de uma possessória em outra, nos moldes do permissivo do artigo 920 do Código de Processo Civil, consagrando-se assim, o princípio da fungibilidade.

Ainda no âmbito das possessórias, vislumbramos a problemática da atribuição do valor da causa em tais ações, que efetivamente detêm natureza patrimonial que está diretamente associada ao benefício buscado em juízo.

Sobre tal valor, estabelecemos, que a sua atribuição deverá considerar não apenas o valor do bem, mas o conteúdo econômico da privação da posse, ou seja, levam-se em conta também os prejuízos reclamados em função do esbulho, da turbação e até da ameaça, e dependendo da hipótese, poderá parecer mais apropriado, ou se destacar uma parcela do valor da propriedade plena para atribuí-lo à posse isolada, ou, então, conferir-se, em cada caso concreto, um valor fixado especificamente para tanto, levando-se em conta o benefício patrimonial discutido na causa, que sempre é o norte seguro na determinação deste requisito da petição inicial.

Um instituto tão importante com é o da posse, possui instrumentos processuais capazes de lhe outorgar proteção urgente. A concessão de tal liminar é uma

obrigação do magistrado, nos moldes do artigo 928 do Código de ritos cíveis, desde que preenchidos os requisitos previstos na lei para a fase inicial do processo, quando a cognição ainda não é plena. Tal liminar, calcada no artigo 928 já referido, é uma hipótese típica de antecipação dos efeitos da tutela.

Outra questão tratada, foi aquela pertinente à concessão de liminar contra pessoas incertas e desconhecidas, componentes de grupos, movimentos, aglomerações; tal situação, implica em uma relativização das exigências do inciso II do artigo 282 do Código de Processo Civil, para que, em nome da efetividade e celeridade, possa o magistrado conceder a liminar buscada, acaso preenchidos os requisitos previstos na legislação para tal.

As pessoas jurídicas de direito público, não estão imunes à, eventualmente, virem a praticar atos de ofensa à posse alheia. Em tal situação ocorrendo, poderá a vítima de tal ofensa buscar no Estado-Juiz o remédio processual cabível, pleiteando, inclusive medida liminar contra tal ente estatal para ser mantido ou restituído na sua posse, contudo, deverá ser observado o estabelecido no parágrafo único do artigo 928 do Código de Processo Civil que determina : “ Contra as pessoas jurídicas de direito público não será deferida a manutenção ou a reintegração liminar sem prévia audiência dos respectivos representantes judiciais”.

Suplantado o estudo quanto as liminares, passamos então a encarar o tão útil instituto da antecipação dos efeitos da tutela de forma genérica, e posteriormente mais focados nas possessórias, e em um último momento, mais especificamente em processos que tratam de esbulhos ou turbações havidas há mais de ano e dia, quando não é mais possível, pelo transcurso de tal lapso a proteção do manto da liminar previsto no artigo 928 do Código de Processo Civil.

E depois de todo este passeio nas águas ricas da posse, pudemos verificar, dentre outras coisas :

a) A posse é uma situação de fato, que há séculos goza da proteção estatal para a sua defesa e a sua manutenção.

b) A noção de posse e a noção de domínio, caminham juntas e quase sempre o possuidor reflete a situação de domínio sobre a coisa possuída.

c) Que a exata identificação e ciência do que é a posse e do que é o domínio, e a sua perfeita diferenciação faz distinguir quem seria ou não seria um jurista.

d) Que nas ações possessórias fundadas no *ius possessionis* se busca a posse, tendo como causa de pedir a própria posse, enquanto que nas ações petitórias, fundadas no *ius possidendi*, a posse é buscada tendo como causa de pedir o domínio.

e) Que são três os remédios processuais previstos na nossa legislação visando a proteção à posse, e a aplicação de cada um deles depende da gravidade da ofensa afligida à posse.

f) Que a mais grave das violações que pode sofrer a posse, é o esbulho, que se dá quando ocorre a injusta perda da posse por aquele que a tem; sendo certo que em ocorrendo o esbulho, o meio possessório a ser intentado pelo esbulhado é a ação de reintegração de posse ou reintegração na posse.

g) A turbação é uma ofensa menos grave ao exercício da posse, que ocorre quando alguém, de forma ilegal impõe uma perturbação, um embaraço ao pleno exercício da posse de alguém; e em havendo turbação, o remédio possessório aplicável é a ação de manutenção de posse.

h) O interdito proibitório é uma medida que visa prevenir a ocorrência de esbulho ou turbação iminentes, acautelando a posse e seu perfeito exercício, com a fixação de uma pena pecuniária ao pretenso ofensor da posse .

i) Que a amplitude e a importância dos meios de proteção da posse, possibilitam ao magistrado adequar o pedido do autor, conhecendo-o e outorgando a

proteção possessória legal equivalente àquela cujos requisitos estejam demonstrados, consagrando assim o princípio da fungibilidade.

j) O princípio da fungibilidade apenas é possível quando da recepção de uma possessória por outra, jamais para a recepção de uma possessória por uma petítória, ou vice e versa .

k) Que a atribuição do valor da acusa em possessórias deverá considerar não apenas o valor do bem, mas o conteúdo econômico da privação da posse, levando-se em conta o benefício patrimonial discutido na causa.

l) Que a concessão da liminar prevista no artigo 928 do C.P.C., não é faculdade do magistrado, mas sim obrigação do mesmo, desde que estejam comprovados os requisitos legais para a sua concessão.

m) Que a liminar tratada no artigo 928 supra referido apenas é cabível em ofensas à posse ocorridas até ano e dia da propositura da ação respectiva.

n) Que devido a especificidade e a relevância dos interditos possessórios, em caso de litisconsórcio passivo multitudinário, é possível relativizar as exigências do inciso II do artigo 282 do Código de Processo Civil.

o) Que as pessoas jurídicas de direito público podem vir a atacar o exercício da posse alheia, e contra tal ataque poderá ser manejada possessória, inclusive com a possibilidade de concessão liminar, desde que cumprido o estatuído no parágrafo único do artigo 928 do Código de Processo Civil.

p) Que na vigência do Código Civil de 1916 já era possível a concessão da antecipação dos efeitos da tutela, para violações ocorridas há mais de ano e dia da propositura da respectiva ação, em que pese vigorarem os artigos 507 e 508 de tal Código.

q) Que na vigência do Código Civil de 2002, inexistiu qualquer óbice legal à antecipação dos efeitos da tutela em caso de violação de posse ocorrida há mais de um ano e dia da propositura da possessória.

r) Que autoriza o artigo 273 do Código de Processo Civil, a antecipação dos efeitos da tutela também em ações petitórias, de natureza possessória, e ainda, mesmo que de força velha, para desfazer esbulhos de mais de um ano e dia, desde que o autor faça prova convincente de sua posse esbulhada, justifique os prejuízos de difícil reparação e apresente versão dos fatos verossímil, em suma, desde que atenda os requisitos genéricos, exigidos para a tutela antecipatória.

s) Que hoje, mesmo passados mais de cem anos do encaminhamento do anteprojeto daquele que foi o nosso primeiro Código Civil, a posse continua sendo uma matéria que ainda resiste à penetração da análise, e à elucidações da doutrina, no entanto, o legislador processual já dispôs o Estado-Juiz de meios para que o feto possessória seja célere, e principalmente efetivo, cabendo a eles, juízes, com as cautelas próprias da lei, mas com coragem e fundamentação, não permitir que a atrasada justiça seja uma injustiça qualificada e manifesta.

Referências Bibliográficas

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Suspensão da execução da sentença*, n. 16.5 in *Direito na Doutrina*, Livro III. Curitiba: Juruá, 2002. p.179-181.

_____. *Tutela antecipada na reforma processual: antecipação da tutela na ação de reparação de dano*. 2ª edição. Curitiba: Juruá Editora, 1999.

AMARAL SANTOS, Moacyr . *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. 4. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982.v.4.

_____. *Primeiras linhas de direito processual civil*. vol.1 e vol. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 1977.

ARRUDA ALVIM, José Manoel. *Manual de direito processual civil; parte geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

BEVILAQUA, Clóvis . *Direito das coisas*. Rio de Janeiro: Editora Livraria Freitas Bastos, 1951.

CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*. Volumes 1, 2 e 3. Campinas: Bookseller, 1999.

_____. *Estudos de direito processual*. Campinas: LZN, 2003.

CALAMANDREI, Piero. *Opere Giuridiche*. vol. 5. Napoli: Morano,

CARMIGNANI, Maria Cristina da Silva. *A origem romana da tutela antecipada*. São Paulo: LTr, 2001.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1969,

CASCONI, Francisco Antônio. *Tutela antecipada das ações possessórias*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellgrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 18ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002.

COSTA, Fábio Silva. *Tutela antecipada*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

DIAS, Beatriz Catarina. *A Jurisdição na tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 7ª edição. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Instituições de direito processual civil*. vols.1, 2 e 3 . São Paulo: Malheiros Editores. 2001.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 9ª Edição. São Paulo : Editora Saraiva, 2003.

_____. *Curso de direito civil brasileiro*. Vol.4. -Direito das Coisas. São Paulo : Editora Saraiva, 2004.

DUVERNOY, J.F. *Para conhecer o pensamento de Maquiavel*. Porto Alegre. L & PM Editores Ltda., 1984.

FERES, Carlos Roberto. *Antecipação da tutela jurisdicional*. São Paulo: Saraiva, 1999.

FERREIRA, Luís Pinto. *Posse, ação possessória e usucapião*. São Paulo: Editora Saraiva. 1980.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Liminares nas ações possessórias*. 2ª edição . São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FULGÊNCIO, Tito. *Da posse e das ações possessórias*. vol.1 . 4ª edição. Rio de Janeiro. Forense. 1959.

_____. *Da Posse e das Ações Possessórias*, vol. 1. 9ª edição. Rio de Janeiro. Forense. 1995.

FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência – fundamentos da tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 1996.

GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 18ª edição. Rio de Janeiro. Forense, 2001. GONÇALVES,

Carlos Roberto: *Direito Civil Brasileiro*, vol. 5. São Paulo: Saraiva, 2006. LOPES, João

Batista. *Tutela Antecipada no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2001. MARCATO,

Antônio Carlos: *Procedimentos especiais*. 12ª edição. São Paulo: Atlas, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação de tutela na reforma do processo civil*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança: ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data"*. 21ª edição. São Paulo: Malheiros, 1999.

MICHAELIS: *Moderno dicionário da língua portuguesa*. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1998.

MONTEIRO, Washington de Barros: *Curso de Direito Civil: direito das coisas*, vol.3. 37ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

NEGRÃO, Theotônio . *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de: *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 2: Art.262 a 331 . Barueri-SP: Manole, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva: *Instituições de Direito Civil*. vol. 4. 15ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RÓNAI, Paulo. *Dicionário universal Nova Fronteira de citações*. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira. 1985.

SILVA, Ovídio A Baptista da. *Curso de Processo Civil: Processo Cautelar*. vol. 3. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

TALAMINI, Eduardo. *Recorribilidade das decisões sobre tutela de urgência, in Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e outra formas de impugnação às decisões judiciais*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Júnior, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TEIXEIRA , Sálvio de Figueiredo. *Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Editora Saraiva, 1996.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Volumes 1, 2 e 3 . Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito reais*. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

WALD, Arnaldo. *Direito das coisas*. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1999.