

A posse e os instrumentos processuais para a sua defesa

Leonardo Cardoso e Silva¹

Para que se estude as ações possessórias, necessária uma análise do instituto de direito substancial denominado de posse, posto que as ações inerentes à defesa desta visam à tutela jurisdicional do direito correlato.

É de se ressaltar que existem duas principais teorias a respeito da posse, a subjetiva, de Savigny, e a objetiva, de Ihering. Para a primeira, a posse é o poder de se dispor fisicamente de uma coisa, combinado com a convicção do possuidor de deter esse poder. São necessários, portanto, a conjugação de dois elementos para que exista posse, o *corpus*, ou seja, o poder físico sobre a coisa; o *animus*, isto é, o propósito de ter a coisa como sua.

Por outro lado, para a teoria de Ihering, a posse pode ser definida como o poder de fato sobre a coisa. Cumpre denotar que, para esta teoria, o único elemento realmente relevante para a conceituação da posse é o objetivo, ou seja, o *corpus*. O elemento subjetivo, para esta teoria, não é o *animus domini*, mas a *affectio tenendi*, ou seja, a vontade de proceder habitualmente faz o proprietário, independentemente dele querer ser dono.

O direito brasileiro adotou a teoria objetiva, na forma do artigo 1196 do Código Civil de 2002, que arrima: “Considera possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”.

Portanto, a posse deve ser entendida como o poder de fato sobre uma coisa, exercido por aquele que procede em relação à coisa como faz o proprietário.

¹ Juiz Titular da 2ª Vara Cível de Queimados.

Discute-se a respeito da natureza jurídica da posse, havendo quem assevere ser a posse um fato e, de outro lado, sustente ser a mesma um direito. Considerando-se a teoria de Ihering, a posse é um direito juridicamente protegido. E sendo a posse um direito, discute-se se sua natureza é real ou pessoal. Apesar de a posse não constar no rol do artigo 1.225 do Código Civil de 2002, que dispõe acerca dos direitos reais, a mesma deve ser classificada como sendo um direito de natureza real, pois tem como principais características a oponibilidade *erga omnes*, a indeterminação do sujeito passivo, incidência em objeto obrigatoriamente determinado, dentre outras.

Gize-se que apesar de o Código de Processo Civil ter dado um tratamento diferente daqueles que outorga às demais demandas fundadas em direito real, tal situação não altera o entendimento de que a posse se trata de um direito desta natureza.

A proteção possessória se justifica por ser a posse a primeira linha da propriedade, denotando-se que aquela é a exteriorização do domínio, sendo certo, contudo, que a propriedade não pode ser utilizada como único fundamento para a proteção mencionada em epígrafe. Protege-se a posse por ser um direito, um interesse juridicamente protegido, que pode inclusive ser utilizado pelo possuidor contra o proprietário. Além do que, a posse tem uma função social, inserta na Constituição Federal, no artigo 5º, inciso XXIII; tem o *status* de uma garantia fundamental.

Nesse diapasão, o fundamento da tutela possessória, em última análise, é a própria posse, e não qualquer outro elemento diverso da posição jurídica de vantagem.

No que se refere às ações possessórias, o Direito Brasileiro conhece três meios de defesa, sendo certo que as mesmas também são chamadas de interditos possessórios. Os meios de defesa elencados pela legislação pátria são: a ação de reintegração de posse; a ação de manutenção de posse e o interdito proibitório, sendo certo que em todas estas se busca a tutela da posse como direito.

A ação de reintegração de posse é a via adequada para obtenção de tutela da posse quando esta sofreu um esbulho, sendo certo que este pode

ser definido como a mácula na posse que a exclui totalmente, de modo que o possuidor é alijado da mesma. De tal sorte, ocorre o esbulho quando há perda total da posse, que é molestada injustamente por terceiro.

Quando ocorre a turbação, a ação correta é a manutenção de posse, como forma de obter defesa da posse contra o aludido fenômeno. Esta moléstia pode ser definida como todo ato praticado contra a vontade do possuidor, que lhe turba o gozo da coisa possuída, sem dela o excluir completamente. Difere esta do esbulho pelo fato de que neste ocorre a perda total da posse, enquanto naquela a posse se mantém, com as limitações impostas pela turbação.

Por fim, é adequada a utilização do interdito proibitório quando ainda não ocorreu moléstia à posse do possuidor, existindo apenas uma ameaça de esbulho ou turbação. Portanto, tal demanda tem natureza preventiva, destinada a impedir que a posse seja molestada, enquanto os outros dois interditos se destinam a proteger uma posse violada.

É de se ressaltar que existem determinados casos em que a verificação da ocorrência de esbulho, turbação ou mera ameaça à posse não é de simples aferição, motivo pelo qual existe a regra inserta no artigo 920 do Código de Processo Civil, que dispõe: “ 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, cujo requisitos estejam provados”.

Ademais, podendo ocorrer alguma modificação no tipo de moléstia à posse após o ajuizamento da ação, aplica-se a regra supra, denotando-se que o princípio da fungibilidade das ações possessórias visa a permitir que o juiz conceda medida diferente da postulada, mas que se releve adequada à proteção da posse no caso concreto.

Em apertada síntese, podemos afirmar que a ação de reintegração de posse é cabível nos casos de esbulho, a ação de manutenção, nos casos de turbação e o interdito, na situação de ameaça.

No tocante aos procedimentos, o artigo 924 do Código de Processo Civil determina a utilização de procedimento especial para as ações possessórias de força, devendo se observar os procedimentos ordinários nas ações

possessórias de força velha. Chama-se ação possessória de força nova aquela ajuizada dentro de ano e dia da moléstia à posse, ou seja, o esbulho ou a turbacão. Por outro lado, considera-se de força velha a ação possessória ajuizado mais um ano e dia depois da moléstia à posse.

Assim sendo, o procedimento especial somente será utilizado nas ações possessórias de força nova. Para as de força velha, determina o Código de Processo Civil a utilização do procedimento ordinário, denotando-se que é possível a utilização do procedimento sumário nas ações de força velha, em que o valor da causa não exceda o limite estabelecido pela lei adjetiva civil.

Em relação ao procedimento especial, o mesmo não difere muito do procedimento ordinário, sendo possível a cumulação do pedido de manutenção ou reintegração com pedido de perdas e danos ou de obrigação de fazer ou não fazer, com pedido de cominação de multa para o caso de descumprimento.

O juiz, ao receber a inicial, poderá conceder, nos casos das demandas mencionadas acima, medida liminar, *inaudita altera parte*, fundada em cognição sumária, com base, portanto, em juízo de probabilidade. Por outro lado, entendendo o magistrado que não há elementos suficientes para formar a sua convicção acerca do direito do demandante, designará audiência de justificação, que terá natureza unilateral. Apenas o demandante poderá produzir provas de cunho testemunhal, sendo o réu intimado para participar do ato, devendo ser observado o princípio do contraditório.

Após a audiência de justificação, estando o juiz convencido dos pressupostos fáticos e legais para a concessão da medida, deferirá a medida liminar, que será efetivada por mandado, a ser cumprida por oficial de justiça. Após a referida decisão, o demandante terá cinco dias para promover a citação do demandado. Sendo designada a audiência de justificação mencionada acima, será o demandado intimado para comparecer na mesma. Realizada esta, e tendo o juiz proferido decisão a respeito do requerimento de concessão de liminar, qualquer que seja o teor do provimento judicial, terá o réu a oportunidade de oferecer resposta, contando-se o prazo da data em que for intimado da decisão sobre a medida liminar. Em ambos os

casos, segue-se, a partir daí, o procedimento ordinário.

Somente no que concerne à contestação do demandado, existe uma peculiaridade a ser observada, que é a da possibilidade do demandado, sem necessidade de reconvenção, formular pedido em seu favor de proteção possessória, diante do caráter dúplice dos procedimentos possessórios, sendo tal regra inserta no artigo 922 do Código de Processo Civil.

Nas ações de força nova, são dois os requisitos para a concessão de liminar, sendo o primeiro de ordem temporal, devendo a ação ser ajuizada até um ano e dia depois da turbação e esbulho. Ultrapassado esse prazo, a demanda terá força velha, não aplicando-se o disposto no artigo 928 do Código de Processo Civil. O segundo requisito está ligado à cognição judicial, que deverá ser sumária. É necessário que se forme um juízo de probabilidade a respeito das alegações deduzidas pelo demandante em sua petição inicial. Não bastam as alegações, devendo o direito ser comprovado de plano com a petição inicial, sendo certo que este ônus é do demandante. A natureza da medida é de verdadeira antecipação de tutela, sendo certo, contudo, que os requisitos não se identificam com aqueles insertos no artigo 273 da lei adjetiva civil. Nas ações de força velha, somente seria possível a concessão de liminar nos casos insertos no inciso II do aludido dispositivo legal, quando ocorre abuso de direito ou estado de perigo, devendo, contudo, tal situação ser provada de plano, sem necessidade de dilação probatória.

Outrossim, não poderá o juiz conhecer da alegação de domínio em defesa, do *ius possidendis*. De tal maneira, há uma total separação, no direito vigente, do juízo possessório e do petitório. Não se admite, pois, no direito vigente, qualquer interferência, no juízo possessório, de discussões de natureza petitória. Portanto, não se pode discutir o *ius possidendis* no curso de um processo petitório. A primeira parte do artigo 923 do CPC retrata tal afirmação.

Derradeiramente, há que se analisar o último dos interditos possessórios, qual seja, o interdito proibitório, que é o meio adequado para os casos em que não ocorreu a moléstia à posse, destinando-se este interdito a proteger o possuidor que vê sua posse ameaçada. Trata-se de uma demanda

preventiva, de natureza inibitória, visando a impedir a prática de um ilícito, tendo a ação natureza inibitória. Intentada a referida demanda e convencido o juiz da probabilidade de existência do direito demandante, será concedida a medida liminar, sem a oitiva da parte contrária, para impor ao réu a abstenção de cometer qualquer moléstia à posse.

No mais, nos interditos possessórios, havendo a ocorrência de turbação ou esbulho, adotar-se-á o procedimento inerente às ações correlatas, sem prejuízo de eventuais perdas e danos.

Pelo exposto, diante do mencionado acima, vislumbrar-se que o legislador previu diversos remédios para a defesa da posse, inclusive de natureza preventiva, visando a garantir que o possuidor tenha o seu direito garantido. ♦