

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**A TUTELA DE URGÊNCIA NA REINTEGRAÇÃO DE POSSE E A
DEFESA DO DIREITO DE RETENÇÃO**

RICARDO VIDAL FRANÇA FILHO

Presidente Prudente / SP

2004

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**A TUTELA DE URGÊNCIA NA REINTEGRAÇÃO DE POSSE E A
DEFESA DO DIREITO DE RETENÇÃO**

RICARDO VIDAL FRANÇA FILHO

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Rufino Eduardo Galindo Campos.

Presidente Prudente / SP

2004

A TUTELA DE URGÊNCIA NA REINTEGRAÇÃO DE POSSE E A DEFESA DO DIREITO DE RETENÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso
aprovado como requisito parcial para
obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Rufino Eduardo Galindo Campos
Orientador

Dirce Felipin Nardin
Examinadora

Marcio Ricardo da Silva Zago
Examinador

Presidente Prudente, dia 3 de dezembro de 2.004.

Graças, porém, a Deus, que, em Cristo, sempre nos conduz em triunfo e, por meio de nós, manifesta em todo lugar a fragrância do seu conhecimento.

2 Coríntios 2:14

Agradecimentos

Agradeço em primeiro lugar, a Deus, de onde provém toda a sabedoria, a fé e o amor; a Ele pertence todas as honras e os méritos das vitórias alcançadas em minha vida, e Dele vem tudo o que tenho e sou.

À minha mãe, que com seu imensurável amor, permitiu a realização de um sonho, e me preparou para ser um vencedor, dando-me a oportunidade que eu precisava.

Ao meu irmão e ao meu pai, que se regozijavam comigo nas vitórias conquistadas durante a faculdade.

Ao meu orientador e professor, que na medida de suas possibilidades, estava sempre me guiando e indicando a melhor obra, e soube idealizar em mim, numa de suas aulas, a escolha deste maravilhoso tema, o qual é pouco enfrentado pela doutrina.

Aos examinadores, que com carinho e apreço prontamente aceitaram o convite para participarem da avaliação deste trabalho.

Aos profissionais do direito, que participaram desta obra, possibilitando com suas opiniões o crescimento do conhecimento jurídico científico.

Aos amigos de faculdade e de igreja, que compartilharam comigo os momentos de felicidade e de dificuldade ao longo do curso.

RESUMO

Esta obra trata do “conflito” entre a reintegração liminar e o direito de retenção por benfeitorias, a defesa deste ante a concessão da liminar e o momento processual para sua argüição na reintegração de posse.

Os métodos utilizados são o hipotético dedutivo e o dialético, e os resultados obtidos com a confecção do trabalho conduzem ao entendimento de que, o autor da reintegração de posse, que pleiteia o pedido de reintegração liminar, deve provar a má-fé com que agiu o réu ao cometer o esbulho, para tal medida ser deferida.

Também se conclui pela obrigatoriedade da admissão do contraditório na audiência de justificação prévia, manifestada através da oitiva das testemunhas do réu na audiência.

No item abordado sobre o momento dos embargos de retenção na reintegração de posse, definiu-se que tal se dá na contestação, pelo seu prazo e forma.

Finalmente, sobre o “conflito” entre a tutela de urgência na reintegração de posse e o direito de retenção, entendeu-se que o réu, prejudicado ante a concessão de plano, pode lançar mão do agravo de instrumento e outros meios processuais na defesa de seu direito. Mas após sua invocação pelo requerido, o juiz deve aplicar sempre o Princípio da Proporcionalidade de modo a fazer prevalecer o direito mais forte. Abstratamente, porém, esta obra entende que o direito de retenção deve prevalecer pois o direito tutela a boa-fé.

PALAVRAS-CHAVE: Conflito; Liminar; Reintegração de posse; Direito de retenção; Contraditório; Embargos de retenção; Boa-fé.

ABSTRACT

This work treats of the conflict between the preliminary reintegration and the retention right for improvements, the defense of this in the face of the concession of the preliminary and the procedural moment for her oral test in the ownership reintegration.

The used methods are the hypothetical deductive and the discussion, and the results obtained with the making of the work drive to the understanding that, the author of the ownership reintegration, that pleads the request of preliminary reintegration, it should prove the malicious intent with that the defendant acted when committing removing of somebody the ownership in a forced way, for such a measure to be granted.

It is also concluded by the compulsory nature of the admission of the contradictory in the audience of previous justification, manifested through hearing the defendant's witness in the audience.

In the item approached about the moment of the retention seizures in the ownership reintegration, it was defined that such he feels in the reply, for his period and form.

Finally, on the conflict among urgency protection in the pose reintegration and the retention right, he understood each other that the defendant, harmed before the plan concession, it can throw hand of the instrument offence and other procedural ways in the defense of his right. But after the defendant invoke, the judge always debt apply the Principle of the Proportionality so as to make prevail the stronger right. In an abstract way, however, this work understands that the retention right should prevail because the right protects the good-faith.

KEY-WORDS: Conflict; Preliminary; Ownership reintegration; Retention right; Contradictory; Retention seizures; Good-faith.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. POSSE E DIREITO DE RETENÇÃO	12
1.1. Escorço histórico do surgimento da posse	12
1.2. Conceito de posse	14
1.3. Natureza jurídica	19
1.4. Classificações da posse	23
1.5. Aquisição, conservação, transmissão e perda da posse	27
1.6. Efeitos da posse	29
1.6.1. Percepção dos frutos	32
1.6.2. Indenização por benfeitorias	33
1.6.3. Direito de retenção	34
1.6.3.1. Histórico	34
1.6.3.2. Conceito	36
1.6.3.3. Natureza Jurídica	38
1.6.3.4. Direito de retenção e possuidor de boa-fé	39
1.6.3.5. Benfeitorias	42
2. AS AÇÕES POSSESSÓRIAS	46
2.1. Peculiaridades das ações possessórias	47
2.1.1. A auto-executividade	48
2.1.2. A fungibilidade	50
2.1.3. A cumulação de pedidos	52
2.1.4. O caráter dúplice	53
2.1.5. A exceção de domínio	54
2.1.6. Procedimento especial e ordinário	57
2.1.7. A caução	59
2.2. A reintegração de posse	61
2.3. A manutenção de posse	61
2.4. O interdito proibitório	62

3. O PROCEDIMENTO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE	64
3.1. Competência, legitimação e petição inicial	64
3.2. A tutela de urgência na reintegração de posse	69
3.2.1. Previsão legal	72
3.2.2. Natureza jurídica	74
3.2.3. Pressupostos de concessão da liminar	75
3.2.4. A audiência de justificação prévia	81
3.2.4.1. Princípios do processo civil, aplicáveis à audiência de justificação prévia	93
3.3. Recursos e outros meios de impugnação da decisão liminar	95
3.3.1. Da decisão denegatória	97
3.3.2. Da decisão concessiva, conflitante com o <i>jus retentionis</i>	98
3.4. Citação e resposta do réu	104
3.4.1. O caráter dúplice e os pedidos contrapostos	105
3.4.2. A contestação	106
3.4.3. A reconvenção	107
3.4.4. Embargos de retenção por benfeitorias	107
3.4.4.1. Embargos de retenção no processo de execução	107
3.4.4.2. Momento processual dos embargos de retenção na reintegração de posse	113
3.5. Execução da sentença, efeitos da apelação interposta e sua interferência na liminar	116
4. O CONFLITO ENTRE O DIREITO À REINTEGRAÇÃO LIMINAR E O DIREITO DE RETENÇÃO POR BENFEITORIAS	119
4.1. Colisão de direitos, inexistindo justificação prévia	119
4.2. Colisão de direitos, existindo justificação prévia	123
5. CONCLUSÃO	126
ENTREVISTAS	133
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	138

Introdução

Diz-se sobre a posse que:

Não há tema mais instigante, mais complexo e mais controvertido do que a posse. Eu tenho a impressão de que há séculos a doutrina e a construção pretoriana se degladiam em torno do conceito, da natureza jurídica da posse e dos objetivos da proteção possessória, e não se chega a nenhum consenso. (CAPANEMA DE SOUZA, 1994).

A posse é, sem dúvida, o instituto mais controvertido de todo o Direito, não apenas do Direito Civil. De fato, tudo quanto a ela se vincula é motivo de divergência doutrinária: conceito, origem, elementos, natureza jurídica etc. (VENOSA, 2003, p. 44).

Realmente; não há instituto mais polêmico do que a posse. Mas não foi esta a razão que levou este monografista a escrever o presente trabalho, apesar do desafio e das dificuldades enfrentadas nas discussões abordadas sobre a posse.

Assim, a *tutela de urgência na reintegração de posse e a defesa do direito de retenção*, englobam três assuntos de grande valor, notadamente pela sua aplicação no direito processual civil. A *tutela de urgência*, abrange tanto a *liminar possessória típica* do procedimento especial das ações possessórias do Código de Processo Civil, como a *tutela (satisfativa) antecipada*, presente no rito ordinário, no artigo 273 do mesmo estatuto processual. Embora de distintos requisitos, ambos institutos, seja na ação *de força nova* (art. 928), seja na *de força velha* (art. 273), possuem idênticos resultados, quando concedida a antecipação dos efeitos da sentença de mérito em confronto com o *direito de retenção* eventualmente existente.

A *reintegração de posse* mereceu enfoque específico, pois ao contrário das outras ações interditaes, muda uma relação fática existente, *radicalmente*. Porque é neste interdito que se irá *até mesmo liminarmente*, retirar um possuidor e colocar outro. O *direito de retenção* é visto não só sob o aspecto material como também sob o processual, de modo que seu titular pode ser réu na reintegração liminar acima, visualizando-se as seguintes situações:

O autor, esbulhado em sua posse *a menos de ano e dia*, propõe ação de reintegração de posse, *com pedido de reintegração liminar*. Ocorre que o réu, no

caso, estava de boa-fé e realizou benfeitorias no bem; titular portanto do direito de retenção. Este é retirado *liminarmente* da posse, antes que possa invocar seu direito. De igual modo, ocorre quando o autor, no esbulho *a mais de ano e dia*, intenta a reintegração, pleiteando a antecipação de tutela fundada no art. 273, I do CPC. O titular do *jus retentionis*, como na situação anterior, se vê privado de arguir a *exceptio retentio*, antes do cumprimento do mandado de reintegração de posse. Sobre esta problemática, versará o presente trabalho.

Na realidade, o objetivo geral perseguido na realização da monografia é solucionar a questão colocada para o julgador, havendo no processo a possibilidade da reintegração liminar e o reconhecimento do direito de retenção. Especificamente, ir-se-á *discutir* a viabilidade da admissão do contraditório na audiência de justificação prévia; *avaliar* a possibilidade de se exigir a comprovação da posse de *má-fé* do réu para que se defira a liminar ao autor; *interpretar* ordenamento jurídico vigente no sentido de descobrir o momento processual dos embargos de retenção na reintegração de posse; e *analisar* os meios processuais de impugnação da decisão liminar colidente com o direito de retenção.

Deve-se frisar que não serão abordadas as chamadas *ações possessórias atípicas* (*embargos de terceiro senhor e possuidor, ação de nunciação de obra nova, ação de imissão de posse, ação de dano infecto*), eis que defendem a posse por via indireta, mas somente as *ações possessórias típicas* (*ação de reintegração de posse, de manutenção de posse e de interdito proibitório*), pois se preferiu dedicar um estudo específico acerca destes importantes institutos.

Todavia: “*É evidente que não se pode falar das ações possessórias, que constituem um dos efeitos da posse sem uma breve apreciação sobre o próprio instituto da posse e a sua natureza.*” (CAPANEMA DE SOUZA, 1994).

Por esta razão dedicou-se um capítulo especialmente voltado ao direito material (*posse e direito de retenção – item 1*). Nos capítulos seguintes a atenção é dirigida ao direito processual possessório, através da explanação sobre as *generalidades* dos interditos possessórios (item 2), e, como o cerne da problematização gira em torno da reintegração de posse, o seu procedimento tem especial destaque (item 3), sendo por isto, o mais longo capítulo. Nele também é

analisado, o instituto dos *embargos de retenção*, e seu momento processual na reintegração de posse.

O “conflito” entre os institutos da reintegração liminar e o direito de retenção é estudado em capítulo próprio (item 4), embora no curso da obra, o leitor perceberá que ele é incidentalmente abordado.

Cumprе salientar, que este trabalho não tem qualquer vinculação em versar sobre o *movimento-sem-terra*, pois mesmo que se trate de reintegração de posse, não foi esta a *motivação* que levou este monografista a escrever a presente obra, nem está o *título* desta, apto a sugerir tal coisa.

As técnicas de pesquisa utilizadas são a pesquisa bibliográfica (documentação indireta), por óbvio, e além desta a entrevista (observação direta intensiva) com profissionais do direito.

Apesar da ampla bibliografia utilizada, o direito de retenção, bem como seus respectivos embargos, são assuntos poucos tratados na doutrina, havendo material realmente escasso e de pequena quantidade para pesquisa. E o relativo ao “conflito” dos direitos em tela, menos ainda, sendo a melhor obra sobre a retenção (direito e embargos), os *Embargos de retenção por benfeitorias e outras questões relativas ao exercício judicial do direito de retenção por benfeitorias*, de Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon.

Malgrado todas as dificuldades, tem-se a sensação de que a leitura do trabalho terá algum aproveitamento, singelo, mas que possa, de alguma forma, contribuir para o crescimento do *Direito*, da mentalidade humana e do senso de justiça.

O direito tutela a boa-fé. Por esta razão aquele que assim se comporta não deve ser prejudicado. O estudo do direito de retenção e de seus embargos na reintegração possessória (liminar) que se verá a seguir, avulta a curiosidade de um assunto que, às vezes passa despercebido entre os doutrinadores, mas que não pode, de nenhum modo, deixar de ser estudado. Não se tem a pretensão de exaurir o assunto, mas de alguma maneira, contribuir para o seu estudo.

1. Posse e direito de retenção

Falar sobre a posse é, no mínimo, um desafio. Pois há muito ela se revela de forma a confundir qualquer jurista – ou mesmo um simples estudante de direito – que se proponha a estudá-la. Por esta razão, o capítulo destinado a retratá-la não esgotará os assuntos que dela emanam, mesmo porque nem conseguiria.

Objetivará sim, um rápido contorno sobre sua síntese histórica, conceito e sobre os elementos que a constituem. Falará sobre a distinção de posse e propriedade; sobre o objeto no qual ela se projeta, sua natureza jurídica (ou pelo menos uma tentativa de defini-la, entre muitas já existentes). Por fim, estabelecerá alguns parâmetros nos quais a posse pode ser classificada, mostrando também os momentos de aquisição, conservação, transmissão e de perda da posse.

Quanto ao direito de retenção, este será tratado mais adiante, eis que é também, um dos efeitos da posse, derivado do direito à indenização por benfeitorias.

1.1. Esboço histórico do surgimento da posse

Não há uma uniformidade de informações que possam guiar o estudioso do direito a descobrir quando e como surgiu o instituto da *posse*. Mas uma coisa é certa. Teve início, ainda que acidental, no Direito Romano. Segundo Caio Mário da Silva Pereira (1994), os *Digestos*, sobre ela trataram, ora como um fato, ora como um direito, e também como fato e direito.

De modo que, ao se tentar explicar sua gênese, é quase impossível dissociar o assunto em pauta, da discussão da natureza jurídica da posse. Mas reserva-se por ora a discussão relativa a esta, para que se possa verificar,

aproximadamente, quando a posse passou a existir de fato, para o campo jurídico.

Como uma situação existente, um estado fático que merecia a proteção do direito, a posse começou a ser analisada, surgindo várias teses que tentavam explicá-la.

Segundo relata Maria Helena Diniz (2002, 31), duas teorias se sobressaíram na explicação do fenômeno da posse, a saber, a de *Niebuhr*, adotada pelo jurista Savigny, e a teoria de Ihering. A primeira teoria sustenta que a posse surgiu com a repartição de terras que foram conquistadas pelos romanos. Partes destas terras eram cedidas aos cidadãos romanos em forma de lotes (*possessiones*).

É interessante dizer que, na fonte de pesquisa observada para formulação da síntese histórica da posse, denota-se que o surgimento dela está intrinsecamente relacionado com o aparecimento de um processo que viesse a resguardar aquele estado de fato: o interdito possessório.

Mas, prossegue Maria Helena Diniz (2002, 31), que a teoria de Ihering, contrapondo-se à primeira, defende o aparecimento da posse no ato arbitrário do pretor que, reconhecendo aquele estado de fato, concedia a guarda da coisa a uma das partes no início do processo reivindicatório, devido aos atritos existentes na disputa pela coisa.

Este ato arbitrário do pretor, com o passar do tempo, foi elidido por critérios mais lógicos, de modo que, o litigante com melhor prova daquela situação de fato, tinha assegurado a manutenção da coisa em seu poder até o fim do processo discutidor do domínio.

O possuidor conseguia destarte, estabelecer-se numa situação de fato, obtendo a apreensão jurídica da coisa. Esta fase preliminar do procedimento reivindicatório foi, com o tempo, tomando caráter autônomo, de maneira a ter discussão de mérito que envolvesse a declaração e proteção jurisdicional daquela situação fática demonstrada.

1.2. Conceito de posse

A posse é uma situação de fato legalmente protegida. Revela a aparência de uma pessoa ser o proprietário daquele bem no qual exerce um poder jurídico que se chama posse.

O Estado dá relevância a certas situações de aparência na sociedade e regula-as, conferindo no caso da posse, proteção àquele que possui uma coisa como sua. Tal é a dicção do art. 1.196 do Código Civil de 2.002: *“Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.”*

O Código, ao definir diretamente o que é possuidor, definiu por via indireta o que é a posse, qual seja, o exercício de fato, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.

Mas só se pode falar em posse para as situações aparentes que demonstrem relevância social, econômica, pois estas recebem a tutela jurídica do Estado. Por sua vez, nas situações em que não se vislumbra nenhum tipo de conotação econômica, ou social, tais como a questão da posse de um assento em sala de aula, não interessará para o direito proteger tal fato.

Vista a definição da posse, é necessário estabelecer os elementos que a formam: *“corpus”* e *“animus”*. O primeiro diz respeito ao contato direto, corpóreo, físico com a coisa objeto da posse, enquanto o segundo, revela-se na intenção de agir sobre a coisa como se dono fosse.

Entretanto, para melhor compreensão do que seriam os dois elementos da posse, duas teorias, dentre as várias que surgiram, se sobressaíram na explicação do *“corpus”* e do *“animus”*.

De modo que a seriedade de uma obra que escrever sobre posse é encontrada quando se relata a existência destas duas teorias. Não se fala em posse sem falar em Savigny e Ihering.

A primeira teoria, sustentada por Savigny, dizia que enquanto *corpus* é o contato físico direto com a coisa, sem o qual não há posse, o *animus* compreende a intenção de ser e agir como o proprietário do bem. Somente com a junção destes dois elementos é que existiria a posse.

A segunda teoria, que tem Ihering por baluarte, analisava a posse sob seus dois elementos, como Savigny, porém o *corpus* era considerado como a relação imediata existente entre a pessoa e a coisa, oriunda de uma apreensão. Para Ihering, dispensa-se a apreensão corporal, o *contato físico propriamente dito*; a posse é um *poder jurídico* que há sobre a coisa. Ele menciona, por exemplo:

a erva, o feno, a palha nos campos, a madeira cortada nos bosques, a turfa, o carvão nas minas, as pedras na pedreira, os materiais de construção na obra. A esta categoria pertencem também os animais domésticos que vão e vêm em liberdade, o gado nos pastos e, entre os romanos, os escravos. (IHERING, 1998, p. 58)

O *animus*, por sua vez, não era para Ihering, a intenção de agir como se fosse o proprietário, mas sim, na vontade de proceder como normalmente procede o proprietário. É uma teoria objetiva por que não leva em conta a intenção de agir como dono do bem.

O atual código civil brasileiro adotou de forma majoritária a doutrina de Ihering, migrando pela teoria objetiva, como consta no art. 1.196 do CC.

Hodiernamente, alguns autores (CAPANEMA DE SOUZA, 1994) vêm sustentando que ambas teorias não se excluem; pelo contrário, elas se somam. Isto porque, embora a posse necessita de uma relação imediata entre proprietário e coisa (teoria objetiva), é necessário um mínimo querer, da pessoa em relação à coisa (teoria subjetiva). Não se pode falar em posse pelo simples fato de um bem estar sobre um corpo humano, sem vida; é necessário o querer.

Mas há ainda, a necessidade de trazer à pauta a distinção de posse e detenção. Todas as vezes que se vê alguém exercendo um poder de fato sobre um bem, diz-se que há posse. Todavia, a lei estabelece a exceção em que tal assertiva não vigora: é o caso da detenção.

É a detenção, uma relação de fato de uma pessoa e uma coisa, que existe em virtude de uma autorização, ou cumprimento de uma ordem, mera permissão ou tolerância de outrem: *do possuidor*. Assim, o detentor, também chamado de fâmulo da posse, servo da posse ou servidor da posse, é o que mantém uma

relação fática com a coisa, fazendo-o, porém, em nome ou sob ordem de terceira pessoa. Tal exceção está posta no art. 1.198 do CC, bem como na 1ª parte do art. 1.208 do mesmo diploma, que declara: *“Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância...”*

Como exemplos de detentores tem-se o caseiro de uma chácara, em relação aos bens desta; o empregado em relação aos bens do empregador. Isto porque o fêmulu da posse só tem a detenção da coisa, jamais a posse. Por conseqüência, pode-se dizer *a priori*, que o detentor não participa dos efeitos da posse, notadamente da proteção possessória.

Importante salientar a norma insculpida no parágrafo único do art. 1.198 do CC: *“Aquele que começou a comportar-se do modo como prescreve este artigo, em relação ao bem e à outra pessoa, presume-se detentor, até que prove o contrário.”*

Esta inovação trazida pelo Código Civil de 2.002, determina que, se uma pessoa se comporta como detentor, será considerado como tal, até que ocorra um fato jurídico que o faça ganhar a condição de possuidor.

Por derradeiro, sobre a detenção é importante ressaltar que o detentor, demandado judicialmente numa ação possessória, deverá, por imposição da norma estatuída no art. 62 do Código de Processo Civil, nomear à autoria o verdadeiro possuidor, visando assim a correção da ilegitimidade de parte existente no pólo passivo da demanda.

Vista a diferença de posse e detenção, passa-se ao próximo embate, pois sendo a posse a visualização da propriedade, necessária é a distinção de ambas, tanto que: *“Um dos traços pelos quais o jurista se distingue de qualquer outro homem é a diferença que ele estabelece entre as noções de posse e propriedade”* (IHERING, 1999, p. 11). Assim, este grande jurista inicia sua obra *Teoria Simplificada da Posse*, demonstrando a importância com que deve ser tratada a distinção entre estes dois institutos: posse e propriedade.

A posse, pois, difere da propriedade, sendo a primeira, fundada numa relação de fato juridicamente protegida, conquanto a segunda baseia-se em uma relação de direito, consubstanciada num título.

Além de propiciar a proteção jurídica a este estado de fato, de forma autônoma em relação à propriedade, a posse “*é o fato que permite e possibilita o exercício do direito de propriedade.*” (VENOSA, 2003, p. 44). É a posse, o aspecto externo da propriedade, a própria visualização do domínio.

Dessa conclusão decorre outra distinção importante, relacionada ao *ius possidendi* e ao *ius possessionis*. O primeiro diz respeito ao direito de defesa da posse em razão do título de propriedade, enquanto no segundo, defende-se a posse pela própria posse, isto é, por sua existência independente.

Baseado em qualquer um dos fundamentos acima, obtém-se a proteção possessória, sendo certo que a distinção de cada um deles é importante para entender porque a defesa da posse muitas vezes ocorre em detrimento da propriedade. Isto não quer dizer que a propriedade foi perdida, mas que apenas a posse foi levada em conta, inicialmente. A cargo do proprietário fica a prerrogativa de reaver a coisa, através de seu título de propriedade, por meio da ação reivindicatória.

Destarte, ficam evidenciadas as diferenças entre o juízo possessório e o petitorio. O primeiro trata da posse, não obstante seja o possuidor proprietário ou não; o segundo leva em consideração o direito de propriedade. Daí a razão lógica da norma inserida no art. 923 do CPC, de se proibir a alegação de domínio em sede do juízo possessório.

Entretanto a decisão que versa sobre a questão possessória não faz coisa julgada no juízo petitorio, nem haverá litispendência em havendo uma ação rescisória de julgamento de ação possessória, concomitante com a propositura de ação reivindicatória. Há julgados que entendem, no entanto, que se a posse foi disputada por ambas as partes, sob a alegação de domínio, haverá coisa julgada que inibirá eventual ação petitoria. Malgrado este entendimento, deve-se frisar que o que faz coisa julgada é somente a parte dispositiva da sentença, o *decisium*, não importando se a causa de pedir que motivou a fundamentação da sentença teve como fundamento, o *domínio*. É o que dispõe a regra do art. 469, I do CPC.

Portanto, sobre a dicotomia existente entre posse e propriedade, pode-se concluir que aquela “*é meio de aquisição da propriedade pelo usucapião,*

fundamento de um direito, e como poder de fato sobre uma coisa, a posse dá lugar aos interditos possessórios.” (VENOSA, 2003, p.49).

Feita a distinção entre posse e propriedade, verifica-se agora, qual o objeto da posse, sobre o que ela versa?

A princípio, somente os bens corpóreos é que podem ser objeto da posse, posto que admitem atos de apropriação, verdadeiramente. No entanto, ganhando força a algum tempo na jurisprudência, vem sendo admitida a existência de posse sobre os bens incorpóreos, imateriais, sobre direitos propriamente ditos.

Tem-se como exemplo clássico, o do usuário de linha telefônica que, reconhecido o seu direito real de uso, no mesmo há a posse, que viabiliza o seu exercício, bem como a sua proteção contra terceiros (e não contra o cessionário da linha) que impeçam a livre disposição, o livre poder fático sobre este direito.

É por demais verídica tal conclusão, que resultou na Súmula 193 do Superior Tribunal de Justiça, a qual dispõe: *“193. O direito de uso de linha telefônica pode ser adquirido por usucapião.”*

Se o Usucapião é um dos efeitos da posse – como será visto mais adiante – logo o direito de uso de linha telefônica, no qual existe posse, fornece ao possuidor a prerrogativa de usucapir tal direito.

Entretanto, a presença de posse sobre os bens imateriais não é de todo reconhecida; não é absoluta. Tal afirmação é decorrente, também dos julgados jurisprudenciais brasileiros que levaram o Superior Tribunal de Justiça a editar a Súmula 228: *“É inadmissível o interdito proibitório para a proteção do direito autoral.”*

Quer-se com isto dizer que, se não há posse sobre o direito autoral (bem incorpóreo), não há razão jurídica para sua proteção através do Interdito Proibitório, modalidade de ação possessória que será vista mais adiante. Mesmo porque a proteção possessória é um dos efeitos da posse.

Destarte, a posse sobre os bens incorpóreos é, de certo modo, de existência certa, porém não absoluta, visto que em alguns casos ela não ocorre.

1.3. Natureza jurídica

Sendo a posse um dos institutos mais controvertidos de todo o direito, grande discussão doutrinária e jurisprudencial gira em torno de sua natureza jurídica.

Para uns a posse é um fato; para outros, um direito. Para terceiro segmento, fato e direito. E pelos que a entendem como direito, abre-se mais um leque: direito de natureza real ou pessoal?

O professor Silvio de Salvo Venosa não vê razão para se discutir a natureza jurídica da posse:

... visto que a posse serve de base ao direito de propriedade e merece proteção de per si, cai por terra qualquer interesse prático em distingui-la como fato ou direito. Sendo o fato da posse protegido pelo ordenamento, é evidente que existe reconhecimento jurídico do instituto. Irrelevante, nesta altura de nosso estudo, investigar o fenômeno sob tal prisma, tal como fizeram tantos juristas. (VENOSA, 2003, p. 49).

Adentrando a discussão da natureza da posse, segundo ensina Maria Helena Diniz (2002, 48), os seguidores da primeira acepção, ou seja, da posse como *fato*, são Windscheid, Trabucchi, Van Wetter, Voet, De Filipis, Donellus, Cujacius e Clóvis Beviláqua. Este último, (autor do revogado Código Civil de 1.916) conforme ensina referida autora:

... entende que a posse é estado de fato protegido pela lei em atenção à propriedade, de que constitui manifestação exterior; isto porque, na sua opinião, não se pode considerar a posse como um direito real, uma vez que ela não figura na enumeração do art. 1.225 do Código Civil, que é taxativa em virtude do numerus clausus. (DINIZ, 2002, p. 49).

Entendendo a posse como fato e direito está Savigny, Lafayette, Laurent, Pothier e outros, sendo que segundo eles a posse é fato se vista em si mesma. E direito quanto aos efeitos produzidos: gera o usucapião e dá direito ao uso dos interditos possessórios, devendo ser inserida entre os direitos pessoais, apesar de sua dupla natureza jurídica.

Finalmente, a terceira corrente (liderada por Ihering e que tem também como adeptos Teixeira de Freitas, Edmundo Lins, Caio Mário da Silva Pereira,

Pontes de Miranda), define a natureza da posse como um direito, uma situação de fato juridicamente protegida.

Tomam como idéia central que, todo fato juridicamente protegido, faz nascer um direito subjetivo. A posse é um fato, tutelado pelo direito, com conseqüências jurídicas, sendo certo que ao fato da posse corresponde o direito de posse. Edmundo Lins leciona que:

Quando, porém, a lei concede a um fato conseqüências jurídicas a favor de uma pessoa determinada, à qual confere uma ação para assegurá-las, provoca precisamente o aparecimento de um conjunto de condições legais a que chamamos direitos subjetivos. (LINS et al., 1914, apud THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 113).

Se a lei confere à posse (fato), efeitos jurídicos em prol de quem é possuidor, logo tem ele um direito, assegurado por uma ação respectiva. É inegável pois, a existência do direito (posse), decorrente do fato (posse). Apenas por questão de nomenclatura, uma palavra foi usada para expressar ao mesmo tempo, fato e direito. Mas prossegue Edmundo Lins:

Ora, se nenhum direito prescinde de um fato gerador, não afeta a qualidade jurídica da posse a circunstância de seus efeitos terem causa num fato. Sempre que os fatos produzirem conseqüências jurídicas que a lei garanta aos interessados por meio de uma ação especial, exclusivamente destinada a esse fim, tais conseqüências classificam-se com o nome de direitos. (LINS et al., 1914, apud THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 113).

Ihering, por sua vez, leciona que:

Se negarmos o 'direito de posse' somente porque ele é o resultado de um fato, então é preciso negar também o direito de credor e o direito de sucessão, porque a relação entre o fato gerador do direito e a conseqüência jurídica é exatamente a mesma; e, com efeito, não há um só direito que não pressuponha um fato gerador de direitos. Todos os direitos surgem sem exceção como conseqüências juridicamente protegidas em favor daqueles a quem elas aproveitam. Concederei facilmente o privilégio de afirmar que a posse não é um direito, àquele que conseguir destruir esta definição; pois se não o fizer tem que admitir a natureza jurídica da posse. (IHERING, 1998, p. 46).

Finalizando a tormentosa questão, há a contribuição do jurista Caio Mário da Silva Pereira, dispondo que:

Na verdade, perdeu hoje importância o debate, resolvendo-se com dizer que, nascendo a posse de uma relação de fato, converte-se de pronto numa relação jurídica. (SILVA PEREIRA et al., 1981, apud THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 113).

E Pontes de Miranda arremata:

Os que dizem que a posse é fato, mas, por seus efeitos, direito..., não prestaram atenção a que não há direito sem ser efeito de fato jurídico e a

que todo fato que tem efeitos é fato jurídico. (MIRANDA et al., 1969, *apud* THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 113).

Admitida a posse como direito, há outra controvérsia a ser dirimida: dos que defendem ser a posse um direito, ainda não há uniformidade de entendimento sobre de qual natureza: real ou pessoal.

Os que fundamentam ser a posse um direito pessoal, tem o apoio do legislador do Código de Processo Civil que seguiu essa orientação. Já entre os *realistas*, estão Maria Helena Diniz, Edmundo Lins, Caio Mário da Silva Pereira, Orlando Gomes, Cunha Gonçalves, Pontes de Miranda, Moreira Alves, Humberto Theodoro Júnior.

A corrente que sustenta ser um direito pessoal pode ser verificada exemplificativamente, quando da análise do art. 10, §2º do CPC:

Art. 10. (...).

§2º Nas ações possessórias, a participação do cônjuge do autor ou do réu somente é indispensável nos casos de composses ou de atos por ambos praticado.

Destarte, o legislador processual optou por filiar-se pela corrente que sustenta a posse como direito pessoal, pois ele somente exige a presença de ambos os cônjuges no pólo ativo para a propositura de ação possessória, quando existe composses entre o casal, que significa, *grosso modo*, posse conjunta. Ou mesmo quando exige a presença do casal no pólo passivo, faz em razão de atos praticados por eles, que seria por exemplo, o esbulho praticado pelos cônjuges.

O Código de Processo Civil precisou mencionar expressamente a norma do art.10, §2º, pois do contrário, entender-se-ia a posse como direito real, devendo ser aplicado às ações possessórias, as disposições contidas no “*caput*” do mesmo artigo, bem como de seu §1º, I. Ou seja, se a posse fosse um direito real, o cônjuge precisaria do consentimento do outro para propor a ação possessória, versando a causa sobre bem imóvel. Ou então, em sendo réu um deles, o outro deveria ser necessariamente citado, se o litígio estivesse ligado a um bem imóvel.

Contraopondo-se ao posicionamento acima, e com argumentos mais sólidos, está a corrente doutrinária que defende a natureza real da posse, mais uma vez com a presença de Caio Mário da Silva Pereira o qual leciona:

Sem embargo de opiniões em contrário, é um direito real, com todas as suas características: oponibilidade erga omnes, indeterminação do sujeito passivo, incidência em objeto obrigatoriamente determinado etc. (SILVA PEREIRA et al., 1981, apud THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 114).

A posse é oponível *erga omnes* pois deve ser respeitada por todas as pessoas. E no dizer de Orlando Gomes, *só os direitos reais tem essa virtude.* (ORLANDO GOMES et al., 1958, apud THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 114).

É exercida diretamente, sem intermediários entre a pessoa e a coisa. E recai sempre sobre um objeto determinado. Cunha Gonçalves ao falar sobre a doutrina da posse, entende que a mais correta é a que:

... considera a posse como direito real, embora de caráter especial, já por subsistir sem título, já porque tem de cessar quando entre em conflito com o direito mais forte do proprietário, sendo havida, por isso, como direito real provisório. (CUNHA GONÇALVES et al., s/d, apud THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 115).

Assim, segundo a doutrina citada, a posse seria um direito real *provisório*, pois quando analisada em confronto com a propriedade, a ela dá lugar, por ser esta direito de natureza superior. A propriedade é então, bem como os outros direitos reais, classificada como direito real *definitivo*.

Seguindo essa linha, Moreira Alves relata:

... aceita a noção que Ihering nos dá, a posse é, por certo, direito; mas reconhecemos que um direito de natureza especial. Antes, conviria dizer, é a manifestação de um direito real. (MOREIRA ALVES et al., 1985, apud THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 115).

Concluindo objetivamente, Maria Helena declara:

Entendemos, como Daibert, que a posse é um direito real, posto que é a visibilidade ou desmembramento da propriedade. Pode-se aplicar o princípio de que o acessório segue o principal, sendo a propriedade o principal e a posse, o acessório, já que não há propriedade sem a posse. Nada mais objetivo do que integrar a posse na mesma categoria jurídica da propriedade, dando ao possuidor a tutela jurídica. O nosso legislador andou bem em adotar a tese de Ihering, porque se não há propriedade sem posse, dar proteção a esta é proteger indiretamente aquela; se a propriedade é direito real, a posse também o é; se a posse for ofendida, ofende-se também o domínio, daí o motivo pelo qual se deve proteger a posse na defesa da propriedade. (DAIBERT et al., 1979, apud DINIZ, 2002, p. 49-50).

Finalizando o debate, deve-se esclarecer algo sobre os direitos reais, e isto pode ser verificado no texto abaixo:

... urge salientar, com relação à rigidez e taxatividade que informam os direitos reais, que tal não implica a necessidade de tais direitos virem, na lei, nomeados como reais; implica, isto sim, que o regime jurídico fixado pelo sistema como aplicável ao direito seja o real, ou seja, que este direito, embora não expressamente denominado de real pela norma, esteja

submetido aos princípios e características que informam os direitos reais.
(BOURGUIGNON, 1999, p. 45).

Da interpretação que se extrai do texto acima, conclui-se que, ainda que um direito não venha previsto no rol do art. 1.225 do Código Civil, se o regime jurídico fixado no sistema, os princípios e as características dos direitos reais estiverem sendo aplicados a este direito (no caso, *a posse*), então ele há de ser catalogado entre os direitos reais. Em palavras mais simples, se a lei, numa visão sistemática do ordenamento, dá um tratamento à posse da mesma maneira que ao outros direitos previstos no art. 1.225 do CC, não há que se falar que a posse não é um direito real.

Certamente, o acolhimento de uma ou outra posição doutrinária quanto à natureza da posse, irá refletir nas normas positivadas que dela tratam, sob o aspecto material e processual. Portanto, a discussão da natureza jurídica da posse não é simplesmente didática. Corroborando com este pensamento, afirma Antônio Carlos Marcato:

A fixação da natureza jurídica da posse não representa um simples exercício acadêmico, mas, ao contrário, repercute sensivelmente no posicionamento a ser adotado em face do direito positivo. A adoção de uma ou outra posição doutrinária influirá, por óbvio, na compreensão e exegese das regras de direito positivo que cuidam do instituto da posse.
(MARCATO, 1999, p.113).

Enfim, qualquer que seja a corrente adotada, parece que nunca se chegará a um consenso acerca da natureza jurídica da posse. É questão dura, difícil e tormentosa para o operador do direito tentar compreendê-la. Nem mesmo os defensores de cada posição, podem afirmar que estão seguros quanto à natureza da posse. Por ora o presente trabalho opta por seguir a corrente que entende a posse como um direito real - dados os argumentos colocados - mas esta decisão é tomada apenas com o fim de se posicionar frente à questão levantada.

1.4. Classificações da posse

São de grande utilidade para o Direito, as classificações da posse. Isto porque, não se poderia deixar para solução das situações existentes, a análise deste instituto somente pela aferição de seus elementos *corpus* e *animus*. Assim,

o legislador estabelece várias situações em que se pode definir a espécie de posse. São elas:

a) Posse *Direta* e Posse *Indireta* – compreendidas no art. 1.197 do CC, o qual dispõe:

Art. 1.197. A posse direta, de pessoa que tem a coisa em seu poder, temporariamente, em virtude de direito pessoal, ou real, não anula a indireta, de quem aquela foi havida, podendo o possuidor direto defender a sua posse contra o indireto.

O que existe no caso, é um desdobramento da posse; são dois possuidores simultâneos, sendo um o proprietário, e o outro, terceira pessoa que tem a posse a certo título (a exemplo do locatário, do comodatário, do depositário, do usufrutuário etc).

A posse do possuidor direto não anula a do possuidor indireto, tendo ambos, direito ao uso dos interditos possessórios, em caso de ofensa ou ameaça à posse, podendo até mesmo, haver disputa da posse de um contra o outro.

b) Posse *Justa* e Posse *Injusta* – a primeira vem estabelecida categoricamente no art. 1.200 do CC: “*É justa a posse que não for violenta, clandestina ou precária*”.

O Código conceituou apenas a posse justa, definindo a posse injusta a *contrario sensu*, ou seja, é injusta a posse que for violenta, clandestina ou precária. A questão da *injustiça* (*violência, clandestinidade, precariedade*) da posse refere-se ao modo originário de sua aquisição.

É *violenta*, a posse adquirida pela força, arrancada pela predominância da força física (*vis absoluta*), ou moral (*vis compulsiva*), do esbulhador sobre a do esbulhado. É *clandestina*, a posse obtida através de forma oculta, obscura, de maneira que o que perde a posse não percebe o ato do esbulhador, de imediato. É *precária*, a posse oriunda da negativa de restituição de uma coisa, que o possuidor estava obrigado a devolver e não o faz.

Mas falhou o legislador ao taxar as hipóteses de injustiça da posse, pois pode ocorrer que haja uma aquisição da coisa que não se enquadre em nenhuma das modalidades acima, e nem por isso a posse deixe de ser injusta. Isto pode ocorrer quando o possuidor entra de forma pacífica na posse da coisa, sem esconder o ato de invasão, mas conhecendo o vício que impede a aquisição lícita

do bem. Destarte, é melhor que o rol da *injustiça da posse*, seja visto de maneira exemplificativa.

Resta esclarecer que a *injustiça da posse*, é medida por parâmetros sempre *objetivos*, sendo também por isso, *relativa* a noção de *injustiça*. Pois no tocante à aquisição originária do bem, a posse pode ser injusta, mas frente a terceiros, a posse é justa. E mais: conceituar a posse em justa ou injusta terá significativos reflexos quanto aos direitos à percepção dos frutos e à indenização por benfeitorias.

c) *Posse de Boa-fé* e *Posse de Má-fé* – o Código define a primeira no art. 1.201 que prescreve: “*É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa.*”

Foi visto que a justiça ou não da posse é aferida *objetivamente*. Aqui, o tratamento é diverso, pois cabe ao intérprete ou aplicador da norma analisar o elemento subjetivo do possuidor.

O possuidor de boa-fé, é aquele que acredita piamente estar agindo de acordo com as normas legais, ou mesmo aquele que ignora, desconhece o vício que obstaculiza a aquisição jurídica lícita, da coisa. Por sua vez, a má-fé está caracterizada quando o possuidor tem ciência deste vício anterior e, não obstante, entra na posse do bem.

Ainda sobre a boa-fé, diz o parágrafo único do art. 1.201: “*O possuidor com justo título tem por si a presunção de boa-fé, salvo prova em contrário, ou quando a lei expressamente não admite esta presunção.*”

Quando o Código Civil refere-se a *justo título*, quer ele dizer na verdade, a que título a pessoa entrou na posse da coisa. Pois ela pode tê-lo feito a título de doação por exemplo, permuta, comodato. O justo título então trata do fato gerador da posse, do seu nascimento.

Completando a noção de boa-fé, saliente-se o disposto no art. 1.202 do CC: “*A posse de boa-fé só perde este caráter no caso e desde o momento em que as circunstâncias façam presumir que o possuidor não ignora que possui indevidamente.*”

Sobre isto se manifesta Silvio de Salvo Venosa:

Portanto, nos termos do art. 1.202 (antigo, art. 491), não apenas a citação, como fato objetivo, pode fazer cessar a boa-fé, mas também opera o mesmo efeito qualquer circunstância anterior ao processo que faça presumir a consciência da ilicitude por parte do sujeito. As circunstâncias podem ser tão notórias que a definição da má-fé independe de procedimento. A citação, por outro lado, não transforma sistematicamente a posse de boa em má-fé. (VENOSA, 2003, p.77)

Relacionado ao fato do surgimento da posse, o mesmo também é informado pelo *Princípio da Continuidade do Caráter da Posse*, disposto no art. 1.203, que declara: “*Salvo prova em contrário, entende-se manter a posse o mesmo caráter com que foi adquirida.*” Quer isto dizer que, salvo prova em contrário, a posse transmite-se com as mesmas qualidades (ou vícios), com que foi adquirida. Se com *injustiça*, continuará injusta, não cabendo ao novo possuidor mudar unilateralmente o caráter de sua posse. Para que tal ocorra é necessária a *Interversão do Título*, que decorrerá de uma manifestação de vontade.

Portanto, dependendo da maneira que o possuidor entra na posse do bem, isto implicará na questão das benfeitorias, dos frutos, da usucapião. Por isso a importância das noções de justo título, da posse de boa e de má-fé, e do Princípio da Continuidade do Caráter da Posse.

d) *Posse Ad Interdicta* e *Posse Ad Usucapionem* – na primeira, em existindo a posse, como situação de fato juridicamente protegida, será passível de exercer-se a sua defesa através do uso dos interditos, das *ações possessórias*.

Na segunda modalidade, em havendo a posse prolongada por determinado lapso de tempo, e uma vez que a posse é a visualização da propriedade, fala-se em posse *ad usucapionem* quando a mesma conduz a esta situação, ou seja, a aquisição da propriedade, pelo uso prolongado da coisa, e com *animus domini*.

e) *Posse Nova* e *Posse Velha* – na posse nova, a pessoa tem a posse da coisa a menos de ano e dia. Na posse velha, por oposto, é aquela posse que se tem por mais de ano e dia.

A distinção de uma e outra é fundamental quando se trata da proteção possessória, pois uma posse esbulhada ou turbada a menos de ano e dia, leva o seu possuidor a ter o direito a uma reintegração *liminar*, de sorte que, se o esbulho ou turbção tiver ocorrido a mais de ano e dia, o molestado em sua posse não terá, a princípio, o direito a essa reintegração, devendo lançar mão do rito ordinário, de acordo com a norma do art. 924 do Código de Processo Civil.

f) *Composse* – vem definida no art. 1.199 do CC: “*Se duas ou mais pessoas possuírem coisa indivisa, poderá cada uma exercer sobre ela atos possessórios, contanto que não excluam os dos outros compossuidores*”. Assim, a composse ocorre quando duas ou mais pessoas passam a exercer uma posse comum, um mesmo poder de fato sobre a coisa.

Isto significa que a composse também dá direito ao uso dos interditos, podendo cada compossuidor defender sua posse, inclusive um contra o outro. Além da proteção possessória, a composse, por ser modalidade da posse, também dá direito de aquisição por usucapião.

A composse pode surgir por convenção entre as partes ou por título hereditário, e desaparece pela extinção da coisa, pela posse exclusiva de um dos compossuidores com o consentimento dos outros, ou mesmo quando se esvair a causa que fê-la nascer.

1.5. Aquisição, conservação, transmissão e perda da posse

O Código Civil de 2.002 traz em seu art. 1.204, o momento de aquisição da posse, nada dizendo com relação à forma: “*Adquire-se a posse desde o momento em que se torna possível o exercício, em nome próprio, de qualquer dos poderes inerentes à propriedade.*” Ou seja, no momento em que há o exercício em nome próprio, de um dos poderes inerentes da propriedade, a posse se dá por adquirida. E quais são estes poderes? Usar, gozar, dispor e reivindicar.

O momento de aquisição da posse guarda fundamental importância no que tange ao marco divisor entre a posse nova e a posse velha para efeito da proteção possessória, bem como ao tempo para o usucapião.

Mas para que haja a aquisição da posse é necessário um ato de apropriação, de apreensão do bem. Isto se dá com o fato da tradição, quando a coisa passa das mãos de uma pessoa para a outra. Nesse sentido, a tradição pode ocorrer sob três modalidades: *real (ou efetiva)*, *simbólica* ou *consensual*.

Na tradição *real*, há a entrega da coisa, pura e simplesmente.

Na *simbólica*, não há entrega do bem pois existe um impedimento de ordem *material (física)*, ocorrendo no mais das vezes um ato que simboliza a passagem da posse, a exemplo da entrega das chaves de uma casa.

Por fim, a tradição *consensual*, vem configurada no *Constituto Possessório* que é a aquisição posterior de uma posse, em nome de terceiro sendo a anterior exercida em nome próprio. O possuidor continua na posse do bem, mas não mais a título de proprietário por exemplo, mas sim, a outro título (comodatário, locatário). O resultado desse acontecimento jurídico é que tanto o possuidor direto (exemplo: comodatário, antigo proprietário), como o indireto (comodante, novo proprietário) terão direito à proteção possessória, com um detalhe: o possuidor indireto, deverá intentar contra o direto, uma ação de *imissão de posse*, pois nunca teve a posse direta da coisa, e também, por ter o possuidor direto, melhor posse que a sua.

Em sede de *tradição da coisa*, a aquisição da posse se dará sempre de forma *derivada*, eis que decorre de um ato de transmissão. Na forma *originária*, a posse é adquirida de modo unilateral, sem intervenção do possuidor anterior. É, na verdade, uma *ocupação* que, se havida isoladamente, a posse surge sem nenhum vício.

Após a aquisição, a *conservação da posse* depende da manutenção do comportamento do agente, agindo como se proprietário fosse do bem. Assim sendo, continuará na posse do bem, aquele que não vir a cessar o exercício de um dos poderes do proprietário em relação à coisa.

Com efeito, a *transmissão da posse* opera-se pelas normas que versam sobre o *negócio jurídico*, podendo ser feita de forma unilateral ou bilateral, a título oneroso ou gratuito, *“inter vivos”* ou *“causa mortis”*. No último caso, haverá *sucessão a título universal*, quando os herdeiros receberem uma universalidade de bens; a *título singular* será a sucessão, quando a transmissão for sobre bem ou bens determinados.

Ademais, a forma da *perda da posse* não veio estabelecida expressamente no Código Civil de 2.002, razão pela qual conclui-se que a posse será tida como perdida desde o momento em que o possuidor não se comporte em relação à

coisa como habitualmente faz o proprietário, ou seja, desde que não exerça alguns dos poderes que este exerceria.

1.6. Efeitos da posse

Efeitos da posse são as conseqüências jurídicas que decorrem do reconhecimento de sua existência. O possuidor tem a seu favor, alguns direitos que se originam de sua posse, para que possa mantê-la ou reavê-la.

Porém, estes efeitos só existem conquanto exista o fato que lhes origina (a posse). Pois os efeitos concedem direitos ao possuidor que estiver possuindo a coisa. Vale lembrar a lição de Vicente Rao, a seguir:

... a propriedade, a obrigação, etc. têm sua origem em fatos jurídicos, mas produzido o fato, os efeitos jurídicos dele se separam: a propriedade separa-se da ocupação, a sucessão do testamento, a obrigação do delito que ela gera. Outro tanto não se verifica, porém, na posse. Nela, ao contrário, a persistência do fato é condição permanente para a proteção jurídica, pois o possuidor não tem um direito senão quando e enquanto possui. Por outras palavras: se nos demais direitos, o fato é para eles condição transitória, na posse é condição contínua, porque nela fato e direito nascem e se extinguem simultaneamente. (RAO, s/d, p. 7-8).

Há diversas classificações quanto aos efeitos da posse, mas pode-se verificar que eles são na verdade, nove:

- 1 – direito ao uso dos interditos possessórios (que abarca tanto a autotutela da posse, como sua defesa por meio judicial);
- 2 – direito à indenização pelos prejuízos sofridos com o afastamento da posse;
- 3 – direito à indenização pela perda ou deterioração da coisa;
- 4 – usucapião;
- 5 – inversão do ônus da prova para o que contesta a posse;
- 6 – posição mais favorável do possuidor em atenção à propriedade, que é defendida pela posse;
- 7 – percepção dos frutos;
- 8 – direito à indenização por benfeitorias;

9 – direito de retenção;

Começando-se pelo primeiro, o direito ao uso dos interditos compreende a defesa da posse pelo possuidor que a perdeu e quer reavê-la, bem como para o que quer manter-se na posse. Está no ordenamento sob duas formas:

a) *Autotutela da posse* – descrita no art. 1.210, §1º do CC:

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.

Esta autotutela é uma justiça de mão-própria autorizada legalmente pelo Estado. Ela pode ser executada de dois modos, a saber, através da *legítima defesa da posse* ou do *desforço imediato*.

Com efeito, a legítima defesa da posse é exercida quando há ameaça de perda desta. Devem ser observados os mesmos caracteres da legítima defesa disposta no art. 25 do Código Penal. No desforço imediato, por sua vez, o possuidor luta para manter-se ou recuperar a posse perdida.

b) *Ações possessórias* – disposta no art. 1.210 do CC: “*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.*”

Consistem num provimento jurisdicional posto a favor do possuidor para defesa de sua posse. Estão no ordenamento sob três modalidades: *ação de reintegração de posse, ação de manutenção de posse e ação de interdito proibitório*. Estas são chamadas de *ações possessórias típicas*, eis que a discussão da lide gira em torno da posse, unicamente. Serão estudadas posteriormente no capítulo 2.

O segundo efeito é o direito de indenização pelos prejuízos sofridos em razão do afastamento do possuidor da posse do bem. Assim, embora não repetida no capítulo da posse a norma do art. 503 do Código Civil de 1.916, haverá o dever de indenizar, pela regra geral da responsabilidade civil (arts. 186 e 927 do CC). Para tanto devem ficar aferidos todos os elementos da dita responsabilidade, permitindo o CPC, no art. 921, I, o pedido de indenização por perdas e danos vir cumulado com o possessório.

Diferentemente da situação acima, o terceiro efeito, o direito à indenização pela perda ou deterioração da coisa é encontrado na análise dos arts. 1.217 e 1.218 do CC, *in verbis*:

Art. 1.217. O possuidor de boa-fé não responde pela perda ou deterioração da coisa, a que não der causa.

Art. 1.218. O possuidor de má-fé responde pela perda, ou deterioração da coisa, ainda que acidentais, salvo se provar que de igual modo se teriam dado, estando ela na posse do reivindicante.

Sílvio de Salvo Venosa anota nestes casos que: “... o Código regula hipóteses nas quais as coisas são restituídas com diminuição de valor em razão de deterioração, ou quando essa restituição é impossível porque destruída a coisa.” (VENOSA, 2003, p.115).

De modo que o possuidor de boa-fé só irá responder se houver agido com culpa, em oposto ao possuidor de má-fé, que precisará fazer prova de que a deterioração ou perda da coisa aconteceria de qualquer maneira, ainda que na posse do reivindicante. Esta responsabilidade faz surgir o direito de indenização ocasionado com a perda ou deterioração da coisa.

No quarto efeito figura o Usucapião, no qual:

A posse é requisito fundamental, embora não o único, para o usucapião. Desse modo, a aquisição da propriedade pelo usucapião é um dos principais efeitos da posse. Usucapir é adquirir a propriedade pela posse continuada durante certo lapso de tempo. (VENOSA, 2003, p. 116).

Conforme ensina o ilustre autor, a posse conduz ao usucapião, forma de aquisição da propriedade por determinado lapso de tempo. Sendo a posse um fato duradouro, a mesma tem o condão de, aliada a outros requisitos, trazer ao possuidor o domínio da coisa.

Pelo quinto efeito da posse, está a inversão do ônus da prova para o que contesta a posse, ou seja, cabe ao autor da ação possessória, ao contestador da posse, a prova da posse viciosa do réu possuidor.

No sexto, indica-se uma posição mais favorável do possuidor em atenção à propriedade, que é defendida pela posse. Tal efeito pode ser definido como o reconhecimento do possuidor como aparente dono, simplesmente por estar na posse do bem.

Até aqui foram tratados seis dos nove efeitos da posse. Os três seguintes são estudados em destaque, porque guardam estreita relação com o objeto deste trabalho, principalmente o último, o *direito de retenção*.

1.6.1. Percepção dos frutos

A lei estabelece, através das distinções da posse de boa e de má-fé, o direito à percepção dos frutos; quando ele irá operar. A discussão dos frutos de uma posse não leva em conta o título desta. Para compreender a noção de *frutos*, veja-se a posição da doutrina:

Os frutos podem ser vistos como utilidades periodicamente produzidas pela coisa, sob o aspecto objetivo. Pela visão subjetiva, frutos são riquezas normalmente produzidas por um bem, podendo ser uma safra, como os rendimentos de um capital. (VENOSA, 2003, p. 106).

Estabelece o art. 1.214 que o possuidor de boa-fé tem direito à percepção dos frutos, enquanto durar a sua boa-fé. Isto significa que ao ser demandado para devolução da coisa principal, em regra devem os frutos (que são acessórios) serem restituídos ao justo possuidor. A exceção está justamente na boa-fé do possuidor, que impede esta devolução. Somente quando cessar a boa-fé e iniciar-se a má-fé é que ele estará obrigado a restituir.

Ainda com base no artigo citado, estabelece o seu parágrafo único:

Os frutos pendentes ao tempo em que cessar a boa-fé devem ser restituídos, depois de deduzidas as despesas da produção e custeio; devem ser também restituídos os frutos colhidos com antecipação.

Pendentes os frutos, tendo cessado a boa-fé, pertencem ao novo possuidor; daí a razão da restituição. Da mesma forma, devem os colhidos antecipadamente serem devolvidos, ainda que não tenha havido a má-fé, pois se não houvesse a sua colheita, tais frutos estariam pendentes, pertencendo doravante, ao justo possuidor.

O Código fala em restituição *depois de deduzidas as despesas da produção e custeio*. Isto quer dizer, que para haver restituição ao novo possuidor, é devido o ressarcimento das despesas ao antigo. Indo mais além, se referidas despesas *não forem ressarcidas* e consistirem em *acréscimos ou melhoramentos*

que tornou possível a *produção e custeio*, o antigo possuidor, poderá exercer o direito de retenção dos frutos, por estar de boa-fé.

Não é o mesmo, o trato com o possuidor de má-fé, mencionado no art. 1.216 do CC. Só tem direito à indenização pelas despesas de produção e custeio. A sua má-fé impede o direito de retenção.

1.6.2. Indenização por benfeitorias

Dispõem os arts. 1.219 e 1.220 do CC:

Art. 1.219. O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis.

Art. 1.220. Ao possuidor de má-fé serão ressarcidas somente as benfeitorias necessárias; não lhe assiste o direito de retenção pela importância destas, nem o de levantar as voluptuárias.

O princípio que informa este direito é o *Princípio da Vedação do Enriquecimento sem Causa*. Pois ele prega a manutenção da justiça nas situações patrimoniais, conquanto impede que o justo possuidor enriqueça as custas do possuidor injusto, para que este não fique sem direito ao ressarcimento pelas benfeitorias realizadas.

Benfeitorias estas, que são na verdade, acréscimos, melhoramento feitos à coisa. Quando para preservá-la ou evitar seu perecimento, classifica-se como *necessária* (exemplo: colocação de telhas). Será *útil*, por sua vez, a benfeitoria que visa aumentar ou facilitar o uso da coisa (exemplo: grades numa janela de apartamento). *Voluptuária* é a benfeitoria realizada por mero deleite ou capricho, tornando mais agradável o uso da coisa (exemplo: banheira de hidromassagem).

Ressalte-se que somente o caso concreto poderá dizer de qual benfeitoria está se tratando; necessária, útil ou voluptuária. Será mais bem examinada a questão das benfeitorias no item 1.6.3.5.

Por fim, mais uma vez, a boa ou má-fé influi num dos efeitos da posse pois enquanto o possuidor de boa-fé tem direito de indenização *amplo*, compreendendo até mesmo a possibilidade de levantar as voluptuárias, o

possuidor de má-fé sofre restrição - *em razão de sua má-fé* – podendo somente requerer a indenização das benfeitorias necessárias.

1.6.3. Direito de retenção

Iniciando o tema, decorrente da não-satisfação de um crédito anterior, o qual se origina em gastos efetuados na coisa, o direito de retenção vigora no ordenamento como modalidade de *defesa*, para garantia do recebimento de um crédito. Mas é preciso perscrutar mais afundo; nas suas raízes, começando pela sua origem histórica.

1.6.3.1. Histórico

Conforme ensina Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon:

Em nível legislativo, a identificação que se faz do direito de retenção, a partir do direito romano no sistema do processo per formulas do qual, segundo Arnoldo Medeiros da Fonseca, surgiu perfeitamente caracterizado, aponta a utilização da exceptio doli como o meio pelo qual o magistrado veio em socorro daqueles que, de outro modo, pela aplicação rigorosa do jus strictum, seriam vítimas de injustiças. (BOURGUIGNON, 1999, p. 29).

O princípio que informava a utilização do direito de retenção era o da *Equidade*, impedindo a satisfação de uma pretensão que, embora legítima, se levada a efeito causava injustiças. Dessa forma, apesar do direito de propriedade do reivindicante da coisa, o *bonae fidae possessor* (possuidor de boa-fé) poderia reter a coisa até a satisfação integral dos gastos necessários realizados no bem.

Mais tarde, precisamente no terceiro período histórico do direito romano, a *extraordinária cognitio*:

... com o aumento do número de casos de cognitiones extraordinariae e 'passando o magistrado a decidir diretamente a maior parte das causas, que antes não julgava, que o jus retentionis toma a feição de defesa propriamente dita, sem mais diferenças das decorrentes do jus civile, individualizando-se e afirmando sua autonomia como ramo destacado do tronco comum – a exceptio doli. (FONSECA et al., 1944, apud BOURGUIGNON, 1999, p. 30).

Mas para caracterização do direito de retenção, os romanos exigiam ao menos dois requisitos indiscutíveis: posse / detenção da coisa na qual recair-se-ia o *jus retentionis* e a existência do crédito do possuidor.

Passando a análise do direito comparado, poderá ser verificado que os códigos estrangeiros não fogem das duas premissas acima para classificarem um direito como *de retenção*.

Tal ocorre por exemplo, no direito espanhol, previsto no art. 453 de seu Código Civil: *Los gastos necesarios se abonan a todo poseedor; pero solo el de buena fé podrá retener la cosa hasta que se le satisfagan.* (CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL et al., 1983, *apud* BOURGUIGNON, 1999, p. 31).

No Código Civil Mexicano, entre os direitos do possuidor de boa-fé está o: *de que se abonen todos los gastos necesarios, lo mismo que los útiles, teniendo derecho de retener la cosa poseída hasta que se haga el pago.* (CÓDIGO CIVIL DE MÉXICO et al., s/d, *apud* BOURGUIGNON, 1999, p. 31).

A lei civil brasileira enumera diversas hipóteses de direito de retenção *em sentido amplo*, a exemplo do art. 303 do CC / 1916 (mulher no regime dotal sobre os bens de seu uso); no código atual, o art. 1.219 faculta ao possuidor de boa-fé exercer este direito enquanto não ressarcido do valor das benfeitorias realizadas; o devedor poderá reter a coisa na qual foi empregado trabalho ou dispêndio seu, pelos melhoramentos feitos e não ressarcidos (art. 242); o contratante pode, nos contratos bilaterais, não prestar a obrigação se à outra parte suceder diminuição patrimonial que torne duvidosa a sua contraprestação (art. 477) etc.

Mas, por direito de retenção *em sentido estrito*, especificamente o direito de retenção *por benfeitorias*, esclarece o seguinte autor que:

Para que se possa juridicamente reter (= continuar a ter) é necessário, pelo menos, que a coisa já se encontre no poder do retentor e que, por alguma causa, distinta da que originou a apreensão primitiva, a conservação do bem se dê, legitimamente, além do prazo em que deveria ser restituída. (BOURGUIGNON, 1999, p. 36).

Destarte, nesta obra ao mencionar-se apenas *direito de retenção*, deve ser compreendido que, doravante, se estará falando sempre do *direito de retenção por benfeitorias*.

1.6.3.2. Conceito

Para Arnaldo Medeiros da Fonseca, o direito de retenção:

É a faculdade, concedida pela lei ao credor, de conservar em seu poder a coisa alheia, que já detenha legitimamente, além do momento em que a deveria restituir se o seu crédito não existisse, e normalmente até a extinção deste. (FONSECA et al., 1944, apud BOURGUIGNON, 1999, p. 37).

O direito de retenção por benfeitorias vem disciplinado nos art. 1.219 e 242 do CC, que dispõem:

Art. 1.219. O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis.

Art. 242. Se para o melhoramento, ou aumento, empregou o devedor trabalho ou dispêndio, o caso se regulará pelas normas deste Código atinentes às benfeitorias realizadas pelo possuidor de boa-fé ou de má-fé. (grifou-se).

Estes dois dispositivos estabelecem um regime jurídico mínimo para o direito de retenção. Interessante notar a redação do art. 242 do CC, com texto semelhante ao art. 873 do CC / 1.916, que na opinião de Bourguignon:

... o legislador, para fins do exercício do direito de retenção por benfeitorias, equiparou o devedor, obrigado a restituir coisa certa, aumentada ou melhorada com seu dispêndio ou trabalho, ao possuidor. (BOURGUIGNON, 1999, p. 38) – (grifou-se).

Ainda segundo citado autor (1999, 38), houve uma ampliação na incidência subjetiva e objetiva do direito de retenção. *Subjetiva* porque pode alcançar não só o possuidor, mas até mesmo o *detentor*. E *objetiva* por tratar os acréscimos e melhoramentos de forma idêntica às benfeitorias.

Pode-se indicar, dessa forma, os elementos imprescindíveis ao reconhecimento do direito de retenção: 1) *possuidor, ou detentor, conforme o caso*; 2) *boa-fé*; 3) *benfeitorias*.

Segundo o saudoso Sílvio Rodrigues, o direito de retenção:

Constitui um meio de defesa do credor, no sentido de que atua como elemento compulsivo, incidente sobre o espírito do devedor, pois a recuperação da coisa só lhe será possível se efetuar o pagamento do débito. O reivindicante, vitorioso na demanda, só obterá a entrega da coisa reivindicada se indenizar o possuidor de boa-fé das benfeitorias úteis e necessárias, por ele levantadas. Enquanto o não fizer, é legítima a retenção da coisa por parte do credor. (RODRIGUES, 2002, p. 70).

Mas o melhor conceito, ou pelo menos o mais completo é o de Bourguignon, conceituando o direito de retenção como:

... a faculdade legítima do possuidor de boa-fé, ou quem a ele a lei equipare de, independente de qualquer convenção, conservar em seu poder coisa certa, além do momento em que deveria restituí-la, a título de garantia de um crédito decorrente da realização de benfeitorias nessa mesma coisa. (BOURGUIGNON, 1999, p. 39).

Esclarece ainda referido autor que:

Nosso conceito semelhante ao do Prof. A. Medeiros da Fonseca, dele se diferencia pelo fato de considerarmos imprescindível o elemento representado pela boa-fé e, além disso, por se tratar de benfeitorias, impor-se a existência de conexão objetiva entre o crédito e a coisa benfeitorizada. (BOURGUIGNON, 1999, p. 39).

Do conceito do Professor Bourguignon, este extrai as características do direito de retenção por benfeitorias (1999, 39-43), a saber: a) *Exercício lícito de conservação da coisa em poder do retentor* – que significa em linhas gerais, que o retentor retem a coisa licitamente, autorizado por lei, não praticando esbulho ao reter a coisa; b) *Previsto em lei* – ou seja, não depende de pacto ou acordo entre as partes para sua caracterização; c) *Existência de posse ou detenção anterior*, porque só retem aquele que já detinha algo. Conforme se conclui da análise do art. 242 do CC, não só o possuidor mas o *detentor* poderá exercer o *jus retentionis*. Tal detenção, de acordo com Bourguignon (1999, 40-41), deve ser entendida em sentido amplo, de modo a ser estendida a qualquer um que *deter alguma coisa seja qual for o título (posse ou mera detenção)*; d) *Boa-fé* – deve o retentor ter realizado as benfeitorias no bem, sob a égide deste elemento subjetivo do direito de retenção, imprescindível para legitimar tal direito; e) *Vinculado às obrigações de restituir* – obrigações estas não só decorrentes de relação obrigacional, mas também por violação a um direito real, ou à posse, que obrigam o violador a restituir a coisa sobre a qual recai o direito de retenção; f) *Retenção fundada a título diverso do anterior* – isto porque doravante, não se retem simplesmente pela posse ou qualquer outro título, mas para forçar o reivindicante a ressarcir o retentor das benfeitorias feitas; g) *Conexidade objetiva*, consistindo na relação entre o crédito e as benfeitorias feitas na coisa, objeto da retenção; h) *Acessoriedade*, pois o direito de retenção subsiste enquanto o crédito subsistir, sendo pois acessório. É importante esta caracterização pois somente quando houver o *direito de retenção por benfeitorias*, é que o seu titular poderá valer-se dos *Embargos de Retenção*, constantes no art. 744 do CPC.

1.6.3.3. Natureza jurídica

É difícil de ser definida a natureza do direito de retenção. Tal qual a discussão que existe sobre a posse, também não deixa de ser tormentoso o esclarecimento da natureza jurídica deste instituto. Há divergência na doutrina e na jurisprudência, para saber se é direito real ou pessoal. Isto ocorre em razão de não haver um regime jurídico nítido no sistema, sobre o direito de retenção.

Para Arnaldo Medeiros da Fonseca se trata de direito real, pois:

O Código Civil, no seu art. 676, estabelecendo que os direitos reais sobre imóveis, resultantes de atos entre vivos, só se adquirem depois da transcrição ou da inscrição dos respectivos títulos no registro público, ressalva textualmente – salvo os casos expressos neste Código. (FONSECA et al., 1944, apud BOURGUIGNON, 1999, p. 46) – (grifou-se).

Tal autor refere-se ao atual art. 1.227 do Código de 2.002, que repetiu a redação do código anterior. E ainda, segundo Bourguignon, o autor acima citado entende que:

... a realidade do direito de retenção advém do fato de recair sobre uma coisa determinada, ser oponível erga omnes, estar dotado de publicidade em razão da posse do retentor e de ser protegido judicialmente, via ação (declaratória) ou exceção. (BOURGUIGNON, 1999, p. 46) – (grifou-se).

Mas conforme o entendimento de Bourguignon, trata-se de direito pessoal – opinião com a qual coaduna o presente trabalho – pois:

... o direito de retenção não é um direito real, ao menos nos moldes de padrões rígidos que tipificam esta categoria de direitos. O executado, nos embargos do devedor, pode derruí-lo pelo oferecimento de caução substitutiva (art. 744, §3º) e sua eficácia protetiva está limitada àquela inerente à posse, sofrendo as mesmas restrições que esta. (BOURGUIGNON, 1999, p. 48).

O que ocorre com o direito de retenção é que apesar de ser direito pessoal, prefere muitas vezes à outros direitos, inclusive os reais. Isto se dá em razão de usa oponibilidade erga omnes. Consoante Bourguignon (1999, 48-49), tendo sua origem na lei, e não em negócio jurídico, o direito de retenção não pode ter sua incidência afastada por terceiros, adquirentes da coisa, por exemplo, pois embora tenham pago por ela o preço integral (incluídas as benfeitorias), não pode ser prejudicado o direito do retentor. Do contrário, na medida em que eximem a ilicitude do enriquecimento de terceiro, contribuem para o empobrecimento injusto do possuidor de boa-fé, o qual não tem reconhecido um direito existente em lei e que independe de quem figure no pólo passivo para sua caracterização.

O Código de 1.916 trazia um exemplo no qual o direito de retenção (*direito pessoal*), prevalecia sobre outro direito real, a propriedade, no parágrafo único de seu art. 521, *in verbis*:

Art. 521. Aquele que tiver perdido, ou a quem houverem sido furtados, coisa móvel, ou título ao portador, pode reavê-los da pessoa que os detiver, salvo a esta o direito regressivo contra quem lhos transferiu.

Parágrafo único. Sendo o objeto comprado em leilão público, feira ou mercado, o dono, que pretender a restituição, é obrigado a pagar ao possuidor o preço por que o comprou. (grifou-se).

Desta forma, o comprador pode *reter a coisa* até que seja pago o seu preço, privilegiando-se a sua posse de boa-fé (presumida pela lei por causa da compra em leilão público, feira ou mercado). Por derradeiro, o Superior Tribunal de Justiça assentou a oponibilidade *erga omnes* do direito de retenção, conforme se denota:

3. Benfeitorias. Direito de Retenção. Exercício contra o autor da ação.

O possuidor de boa-fé tem direito de indenização e retenção a ser exercido contra o autor da ação possessória ou reivindicatória, para evitar o seu enriquecimento sem causa, e não contra o terceiro de quem recebeu o bem (art. 516 do CC). (STJ, Resp. 0045693-SP, 4ª Turma, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, pub. no DJU de 13.02.1995, p. 2.242 e RSTJ 78/295 apud BOURGUIGNON, 1999, p. 50).

Ante os posicionamentos trazidos à pauta de discussão, melhor doutrina é a que considera o direito de retenção como direito pessoal, derivado do direito à indenização, também *pessoal*, previsto em lei, e como tantos outros direitos pessoais, pode, em certas ocasiões, preferir aos direitos reais.

1.6.3.4. Direito de retenção e possuidor de boa-fé

Para o legítimo exercício do direito de retenção é necessário haver *posse sobre a coisa*, pois somente o possuidor (art. 1219 do CC) ou aquele a quem a lei equipare (art. 242 do CC), é que poderá exercer este direito.

Sobre *posse* vale o que foi dito desde o início deste trabalho, ou seja, o retentor, para sê-lo juridicamente precisa estar na posse da coisa (posse esta, composta por seus elementos *corpus* e *animus*). No que tange à sua classificação, na visão de Bourguignon:

... o direito de retenção poderá ser exercido por quem seja possuidor, não importando se direto ou indireto, natural ou jurídico, com posse ad interdicta ou ad usucapionem, velha ou nova, justa ou injusta, mas influenciando decisivamente a presença da boa-fé, tal como exige o art. 516 do CC. (BOURGUIGNON, 1999, p. 69).

E exemplifica:

Se alguém se apossa, violentamente, de determinada coisa, julgando erroneamente que lhe pertence e que está a praticar ato de legítima defesa de sua posse, terá adquirido posse injusta, a qual poderá até ser de boa-fé, se ignorava que a coisa arrebatada não lhe pertencia. É o ato objetivamente considerado que determina ser a posse injusta, irrelevante a intenção do possuidor para qualificar o resultado de sua ação. (BOURGUIGNON, 1999, p. 69-70) – (grifou-se).

Feitas estas considerações sobre a posse, é indispensável que esta venha adjetivada por um *plus* de ordem subjetiva, o qual se entende por *boa-fé*. Sim, é fator determinante a existência de *boa-fé* na posse, pois: “*Não existe direito de retenção sem posse de boa-fé.*” (BOURGUIGNON, 1999, p. 73). Tal assertiva vem respaldada não só pela lei, mas pela doutrina e jurisprudência. De fato, falar em direito de retenção por benfeitorias, é falar em possuidor de *boa-fé*.

Destarte, é possível que apenas a *boa-fé* considerada em si mesma, seja suficiente para gerar o *jus retentionis*, uma vez que:

... posse justa e injusta não se confundem com posse de boa ou má-fé nem entre elas existe vínculo obrigatório de simetria ou correlação, podendo haver, mesmo, hipóteses em que a posse seja concomitantemente injusta e de boa-fé – possibilitando a solutio retentio – ou ainda, por outro lado, justa e de má-fé – inviabilizando a retenção. (BOURGUIGNON, 1999, p. 74).

Corroborando com a afirmação acima, diz a jurisprudência que:

O reconhecimento da injustiça da posse, levando a procedência da reivindicatória, não obsta, por si, tenha-se como presente a boa-fé. (STJ – Acórdão Resp 9095/SP (199100046426) RE 23738, 7-4-92, 3ª Turma – Rel. Min. Cláudio Santos apud VENOSA, 2003, p. 70).

Evidentemente, *boa-fé* e *má-fé* devem ser analisadas com relação à pessoa do possuidor. São concepções subjetivas porque ligadas ao *sujeito possuidor*, cabendo ao intérprete e aplicador da lei, adentrar ao psíquico do agente.

Sendo um estado psicológico, a *boa-fé* vem definida ora como a simples ignorância de um obstáculo ou lesão a direito de outrem, ora como uma convicção de agir correta e diligentemente, de modo que torne lícita sua relação com o bem.

Conforme ensina Bourguignon:

Nossa conceituação legal de boa-fé perfilha por sua natureza psicológica, tendo o legislador pátrio, indubitavelmente, optado por configurá-la em sentido negativo, equiparando-a à ausência de má-fé. (BOURGUIGNON, 1999, p. 79).

É o que se depreende quando da análise do art. 1.201 do CC que prescreve: *“É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa.”*

Assim, a importância reside no campo probatório pois, do possuidor de boa-fé - considerada esta em sua concepção negativa - é que se poderá exigir somente os mínimos cuidados, medianamente tomados. Para ser demonstrada a boa-fé, somente se necessitará apurar a situação jurídica na qual a posse foi adquirida; se era apta ou não a indicar a existência de vícios, que poderiam ser reconhecidos pelo senso comum das pessoas em geral.

Aqui será estabelecido o ônus da prova, pois aquele que imputar a má-fé ao possuidor é que deverá prová-la, demonstrando que este tinha conhecimento dos vícios que dizia ignorar.

Mas o Código ainda declara uma hipótese de presunção de boa-fé: o *justo título*, estabelecido no parágrafo único do art. 1.201 que diz: *“O possuidor com justo título tem por si a presunção de boa-fé, salvo prova em contrário, ou quando a lei expressamente não admite esta presunção.”*

O que é justo título para a posse? A doutrina nacional, injustificadamente, só reconhece como *justo título* àquele hábil, que em princípio, possibilita apenas a transferência do domínio. Discordando de tal posição frente ao instituto, deve ser esclarecido que o constante no mencionado parágrafo único faz presumir a boa-fé, conquanto se diferencia daquele que exige a sua concorrência para a aquisição por usucapião por exemplo (art. 1.242 do CC).

Por presumir a boa-fé, a ausência do justo título não leva à presunção de má-fé. Pelo contrário, esta deve ser provada. Só existe uma hipótese em que a má-fé se presume: está no parágrafo único do art. 1.256 do CC.

Ademais, a ressalva contida no parágrafo único do art. 1.201 - que leva à conclusão de que a presunção de boa-fé no justo título é relativa, vale dizer *juris tantum* - reside na situação em que ambos, justo título e boa-fé figuram

autonomamente para gerarem um outro direito, de que é exemplo o *usucapião* (art. 1.242 do CC).

Convém dizer que a *subjetividade da boa-fé* sofre delimitações de ordem ética, expondo a lei que esta deixará de existir quando as circunstâncias façam presumir a não-ignorância dos vícios possivelmente existentes. O que quer dizer que a subjetividade não é absoluta, pois do contrário, qualquer atitude ingênua elidiria qualquer prova de inexistência de boa-fé. A situação é de tal maneira evidente, que a ignorância do possuidor é inescusável, não se admitindo a alegação de boa-fé.

A boa-fé necessária ao direito de retenção, é a existente ao tempo da feição das benfeitorias, pois sua posterior alteração - seja com a citação, seja com a contestação – para o status de *posse com ciência do vício (doravante má-fé)*, não impede a utilização da *solutio retentio*.

Por derradeiro, há a lição de Bourguignon, a qual não deve ser ignorada conquanto:

... o retentor está legitimado ao exercício dos interditos possessórios. Sua situação jurídica é a de possuidor, vez que preenchidos os requisitos autorizadores do exercício do direito de retenção, passa a exercer sobre a coisa um poder de fato, autônomo e oriundo diretamente da lei.

Mesmo que a retenção tenha sido precedida de uma relação de detenção, o surgimento do direito de retenção provoca a transmutação daquela relação, que assume natureza possessória. Relembre-se que pelo sistema adotado pelo Código Civil brasileiro, somente a norma jurídica pode definir os casos de detenção. E a situação derivada do direito de retenção não é qualificada como tal por qualquer norma jurídica do sistema. (BOURGUIGNON, 1999, p. 94) – (grifou-se).

1.6.3.5. Benfeitorias

As benfeitorias estão disciplinadas no art. 96 do CC, sob a titulação: *Dos bens reciprocamente considerados*. A própria lei conceitua cada espécie de benfeitoria, conforme se observa:

Art. 96. As benfeitorias podem ser voluptuárias, úteis ou necessárias.

§1º São voluptuárias as de mero deleite ou recreio, que não aumentam o uso habitual do bem, ainda que o tornem mais agradável ou sejam de elevado valor.

§2º São úteis as que aumentam ou facilitam o uso do bem.

§3º São necessárias as que têm por fim conservar o bem ou evitar que se deteriore.

Entretanto, apesar da conceituação legal, nem sempre o Código Civil se utiliza desta terminologia para dispor de situações que, na verdade, se tratam de benfeitorias.

Não obstante, as benfeitorias que podem ser objeto do direito de retenção, são somente as *necessárias ou úteis*. As *voluptuárias* só autorizam no máximo o seu *levantamento*, se não forem indenizadas, e mesmo assim, se este puder ser feito sem o detrimento da coisa. Se não puder, o possuidor, ainda que de boa-fé, não poderá levantar suas benfeitorias *voluptuárias*, nem terá direito à indenização.

O Código não lhe autoriza exercer a retenção, nem o levantamento que cause o detrimento do bem. Tal ocorre para não inviabilizar a sua restituição, pois caso contrário o possuidor cercaria o bem de benfeitorias voluptuárias só para não devolvê-lo.

Tratamento diverso ocorre ao possuidor de má-fé, eis que este só tem direito ao ressarcimento pelas benfeitorias *necessárias*, conforme o disposto no art. 1.220 do CC. Isto se faz de forma a puni-lo por sua má-fé, pois conhecia o vício de sua posse, e mesmo assim, benfeitorizou a coisa. Perde o direito de indenização pelas úteis e voluptuárias, bem como o de levantar as últimas, quando sem o detrimento do bem. Não tem qualquer direito de retenção.

Feitas estas considerações, é preciso dizer que as benfeitorias compreendem não só os melhoramentos externos realizados na coisa, mas também os internos, consistentes nas *despesas*. São as que legitimam, por exemplo, o direito de retenção dos frutos pelas *despesas com a produção e o custeio* (vide item 1.6.1.). Também podem consistir, segundo Bourguignon:

... inclusive ao pagamento de tributos, nas suas diversas modalidades. O adquirente a non domino e de boa-fé terá direito de reembolso e de retenção, por exemplo, pelas despesas efetuadas com o pagamento do imposto predial urbano ou eventual contribuição de melhoria. (BOURGUIGNON, 1999, p. 98).

E tal assertiva conta com o apoio da jurisprudência (RT 170/675 e 178/737). Neste diapasão, tratar-se-á de benfeitoria *necessária* pois é algo que se supõe, com razoável certeza, que o próprio dono faria na coisa, estando em sua posse. Daí se entende a conclusão a que chega referido autor:

O possuidor de boa-fé que os tiver suportado terá direito de, por eles, ser reembolsado, podendo, em garantia de seu crédito, exercer o direito de retenção.

Abrangem as benfeitorias, para efeito da solutio retentio, tanto as despesas necessárias ao resguardo da incolumidade física como da integridade jurídica do bem. (BOURGUIGNON, 1999, p. 98) – (grifou-se).

Mas, mesmo diante da conceituação legal (art. 96 do CC), como saber se se trata de benfeitoria necessária, útil ou voluptuária? A resposta que advém da indagação sobre qual seja sua natureza, leva não só à análise do caso concreto, mas também à observação de alguns parâmetros nos quais pode-se identificar a natureza da benfeitoria.

São eles: a) Identificação própria, mas não independente; b) Coisa principal à qual se liga a benfeitoria; c) Relação entre coisa e benfeitoria pelo critério legal. Assim, examinada a relação existente entre a benfeitoria e o bem, somada à atitude normal do proprietário em relação a ele, pode-se, verificando o critério legal tripartite (necessidade, utilidade, mero deleite), descobrir a natureza jurídica da benfeitoria. Neste sentido, Bourguignon exemplifica:

A pintura de uma casa feita pelo possuidor de boa-fé renderá ou não o direito de retenção, poderá consistir em benfeitoria voluptuária – se foi executada por questões meramente estéticas ou decorativas – ou tratar-se de obra necessária, se o estado do imóvel impunha sua feitura sob pena de deterioração. (BOURGUIGNON, 1999, p. 100).

Os dois pontos finais para encartar a caracterização da espécie de benfeitoria são, em primeiro, a visualização sumária dos costumes, hábitos, aspectos geográficos, físicos e econômicos da região. Uma benfeitoria que na cidade de São Paulo pode ser útil, pode no entanto, ser voluptuária numa cidade do nordeste. O segundo ponto é o estudo da relação jurídica que origina a posse. Pois ainda que realizadas as benfeitorias, pode não haver direito de retenção pela natureza da relação, do título da posse. Exemplificando, o comodatário não tem direito de retenção pelas despesas *ordinárias* com a coisa pois é encargo da própria relação contratual em que se encontra inserido.

Diversamente das benfeitorias estão as pertencas, eis que se tratam de coisas acessórias que existem para conservar ou dar utilidade ao uso das coisas sem contudo, delas fazerem parte (a exemplo das máquinas de uma fábrica, dos *trailers* de lanches etc). Logicamente, não ensejam o direito de retenção, pois a ligação com a coisa principal é meramente econômica, conservando as pertencas

a sua individualidade e por serem adquiridas separadamente, não são acessórias do destino da coisa principal.

Outro instituto que é mais semelhante às benfeitorias são as acessões industriais (chamadas pela lei de *construções e plantações* – arts. 1.253 a 1.259 do CC). A diferença está que as acessões industriais são obras que formam coisas novas que se agregam à coisa primitiva. Embora colocada a distinção entre benfeitoria e acessão, muitas vezes por guardarem algumas características semelhantes (tais como a acessoriedade, utilidade e conservação para a coisa, resultado direto da ação do possuidor e perda da identidade face à reunião à coisa principal) pergunta-se: além do direito de indenização, possível as acessões industriais ensejarem o direito de retenção?

A jurisprudência que nega o direito de retenção às acessões industriais (*JUTACSP 138/576, 98/30, 76/189, RT 560/212, 679/136*) funda-se na diferença de sua aceção jurídica para com as benfeitorias, tendo estas função complementar, enquanto as acessões formam coisas novas como as construções e plantações. E mais: quisesse o legislador assegurar o direito de retenção às acessões industriais o teria feito expressamente no corpo da lei.

Em sentido favorável, há a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (*RE 66.755, RTJ 60/721*) que declara, em sede de direito de retenção, que não se deve fazer distinção entre benfeitorias úteis e acessões. Conquanto haja semelhança em diversos pontos de ambos os institutos, esta obra opta pela equiparação dos regimes. E justifica: primeiro porque muitas vezes é difícil diferenciar uma benfeitoria de uma acessão industrial, a exemplo da construção de uma garagem. Pode ser vista tanto como acessão como benfeitoria. Dessa forma deve-se primar pela aplicação do regime jurídico mais benéfico àquele que obrou de boa-fé, permitindo o *jus retentionis*. Tal qual ocorre com as benfeitorias, as acessões são feitas *com a intervenção* do proprietário, possuidor ou detentor. Se com o exercício da retenção por benfeitorias, o devedor é constrangido a pagar, não há porque negar tal *solutio retentionis* às acessões. Finalmente, a consequência do tratamento isonômico para os dois institutos implica na sujeição das acessões, não só à possibilidade do uso da *exceptio retentionis*, mas também, a satisfazer seus requisitos e limitações (boa-fé, necessidade ou utilidade da construção etc).

2. As Ações Possessórias

No capítulo anterior, estudou-se o direito material, a *posse* e o *direito de retenção*, e foi dito que neste capítulo serão estudadas as *ações possessórias*. Com efeito, a proteção possessória através dos interditos de reintegração, manutenção e proibição, constituem um dos principais efeitos da posse. Não é outro o entendimento de Washington de Barros Monteiro: “*O direito de invocar os interditos, por outras palavras, o direito de propor as ações possessórias, constitui o primeiro e o mais importante efeito resultante da posse.*” (MONTEIRO, 2003, p. 41).

O legislador prevê inicialmente, no uso dos interditos a autotutela da posse, que, não sendo exercida imediatamente, leva o molestado em sua posse a socorrer-se da via jurisdicional para defendê-la. A partir de então o Estado-Juiz irá apreciar o reclamo de seu súdito, instalando a relação jurídica processual para dizer qual dos litigantes tem razão.

O demandante deve então, *provocar a jurisdição*, através da *ação*, para que, formada a relação processual (*o processo*), o demandado possa exercer seu direito de *defesa*, e ao final, seja conferido uma *tutela jurisdicional àquele que tem razão*. Isto porque o Estado chamou para si, a responsabilidade na solução dos conflitos de interesse, de modo que, havendo um litígio sobre um determinado bem da vida, ele deve se pronunciar para resolver a lide.

A posse é um bem da vida. Sim, é um interesse juridicamente protegido, *um direito*, ou ainda que considerada um simples *fato*, ela tem proteção do ordenamento tendo em vista ser social e economicamente relevante. Ou, nas palavras de Joel Dias Figueira Júnior:

... não encontramos motivos satisfatórios para buscar o fundamento da proteção possessória além da esfera de sua própria razão existencial – fático-potestativa -, diante do fim social a que se destina, ou seja, como fenômeno socioeconômico relevante e, via de consequência, merecedor de tutela jurisdicional. (FIGUEIRA JÚNIOR, 1999, p. 64).

Uma vez que a posse é autônoma em relação ao direito de propriedade – embora em razão desta também é protegida - ela merece proteção por si mesma. Segundo Rui Barbosa: “... *toda a teoria da posse tirava fundamento da proteção*

concedida ao simples exercício de um direito contra certas perturbações, existisse, ou não, realmente esse direito.” (BARBOSA, 1986, p. 28).

Entendendo a razão para a proteção da posse, não pelo seu aspecto socioeconômico (conforme ensina Ihering), mas pela exigência da manutenção da paz social (seguindo a teoria de Savigny), Humberto Theodoro Júnior assim expõe:

... a posse é protegida pela lei porque assim o exige a paz social, que não subsiste num ambiente onde as situações fáticas estabelecidas possam ser alteradas por iniciativa de particulares, através da justiça das próprias mãos. (THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 111).

Em atenção às normas de direito material, o legislador fornece instrumentos processuais de tutela e efetivação desses direitos. Destarte, as ações possessórias são de três ordens: *reintegração de posse*, *manutenção de posse* e *interdito proibitório*. A primeira, para o caso de esbulho; a segunda, para o de turbação; e a terceira, para o justo receio de moléstia à posse, conforme ilustra o art. 1.210 do CC.

Referidas ações tem por objeto, a defesa da posse apenas. Em razão disso são chamadas ações possessórias *típicas*. Por meio delas o possuidor requer a providência jurisdicional para obter a proteção possessória.

2.1. Peculiaridades das ações possessórias

Reportando à origem dos interditos possessórios, para Humberto Theodoro Júnior, as ações possessórias têm seu nascimento no direito romano, pois segundo ele:

... a ação com que o proprietário reclamava a posse de seu bem injustamente retido por outrem chamava-se rei vindicatio. Quando a pretensão, porém, nascia do jus possessionis, isto é, do simples fato de o autor ter sido violado na posse de algum bem, a ação chamava-se possessória, ou interdito possessório. (THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 119) – (grifou-se).

E Antônio Carlos Marcato adiciona, dizendo que:

Previstos nas Ordenações do Reino, os procedimentos possessórios foram adotados pela legislação brasileira, valendo anotar que a distinção entre interdito proibitório, de natureza possessória, e o preceito cominatório passou a ser feita no Brasil por alguns códigos estaduais, sendo certo que o Código de 1939 dedicou às ações possessórias o Título

XIII do Livro IV, dividido em três capítulos que regulavam, respectivamente, as ações de manutenção e reintegração, o interdito proibitório e a ação de imissão de posse. (MARCATO, 1999, p. 112).

Mas o atual Código de Processo Civil, de 1.973 elencou apenas as três primeiras ações citadas por Marcato, não trazendo expressamente a ação de imissão de posse. Referida ação é de caráter petitório, pois visa à entrada na posse do proprietário que nunca a teve, devendo ajuizá-la sob o procedimento comum ordinário.

As ações possessórias têm características próprias, diferentes das previstas em outros procedimentos. Nos artigos 920 a 933 do CPC, estão os pontos norteadores do procedimento especial das ações possessórias, sendo certo que, do art. 920 ao 925, o legislador estabelece as disposições gerais (as peculiaridades) destas ações, a seguir explicadas.

2.1.1. A auto-executividade

A doutrina clássica (ou tradicional) classifica a ação (ou o processo) sob três formas: 1) *Ação de Conhecimento*; 2) *Ação de Execução*; 3) *Ação Cautelar*. O critério utilizado para estabelecer essa classificação foi o *finalístico*. Para declarar o direito, a ação tinha que ter uma atividade *cognitiva* (de conhecimento); para a satisfação de um direito, já reconhecido numa sentença ou num título extrajudicial a que a lei atribui força executiva, a ação é de natureza *executória*; e para assegurar um direito, fazendo-se para tanto a proteção do resultado útil de outro processo, tem-se a ação *cautelar*.

Posteriormente, a doutrina moderna, não seguindo esta classificação *tríplice*, mas propondo uma classificação *quinária*, acrescentou, ao lado das três modalidades anteriores, mais duas. São elas, a *ação mandamental*, e a *ação executiva lato sensu*. Em poucas palavras, na ação mandamental, o direito declarado pelo poder jurisdicional deve ser atendido, *por uma ordem, um mandado*, de que é exemplo típico desta modalidade, a ação de *mandado de segurança*. Na ação executiva lato sensu, o que ocorre é uma declaração e satisfação de um direito, *dentro do mesmo processo*. Ou seja, não há necessidade de duas ações; uma de conhecimento e outra de execução, eis que

a prestação jurisdicional exaure-se num único processo, havendo a declaração do direito e sua execução, mediante simples mandado judicial, expedido na sentença.

Esta classificação quinária é mais completa, porque através dela, pode ser encontrada com mais segurança, em qual classificação se encaixam as ações *possessórias*. Vista a classificação acima, percebe-se que ditas ações são espécies de ações *executivas lato sensu*.

Deve ser compreendido também que, do mesmo modo em que se classifica a ação, ocorre com o processo. Destarte, há *processo de conhecimento, processo de execução, processo cautelar, processo mandamental e processo executivo lato sensu*, sendo que no último se enquadram as ações possessórias.

Processo, que não se confunde com *procedimento*, pois conforme o nobre ensinamento de Humberto Theodoro Júnior, o processo:

... é, com efeito, o método jurídico utilizado pelo Estado para desempenhar a função jurisdicional. Consiste, intrinsecamente, numa relação jurídica de direito público, formada entre autor, juiz e réu. Objetivamente, compõe-se de uma sucessão de atos que se encadeiam desde a postulação das partes até o provimento final do órgão judicante, que porá fim ao litígio, tudo presidido pela obrigatória dinâmica do contraditório.

O procedimento é justamente a maneira de estipular os atos necessários e de concatená-los, de forma a estabelecer o iter a ser percorrido pelos litigantes e pelo juiz ao longo do desenrolar da relação processual. (THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 3).

O CPC estabelece então, três categorias de procedimentos a serem adotados: quando em virtude da especialidade do direito material discutido, o Código prevê os *procedimentos especiais*. Em função do valor da causa ou de determinadas matérias arroladas no art. 275, II, o procedimento será o *comum sumário*. Por via de exclusão, nos casos que não tiverem procedimento específico no CPC ou em leis extravagantes, ou que não se encaixarem no rito sumário, o procedimento a ser adotado será o *comum ordinário*.

Fez-se todo este intróito para dizer que as ações possessórias, além de constituírem típicas ações *executivas lato sensu*, são disciplinadas no Livro IV do CPC - que estabelece os *procedimentos especiais* - em virtude da natureza do direito discutido na lide possessória. É característica dos procedimentos especiais do Código, a sentença *executiva lato sensu*, de modo que na ação possessória, isto se evidencia de forma marcante. O legislador, ante as peculiaridades do

direito envolvido no litígio, elencou as possessórias no rol dos procedimentos especiais.

A sentença de ação possessória prescinde de *actio iudicati*, eis que é auto-executável, pois mediante a simples expedição de mandado de reintegração, de manutenção ou de proibição de posse, há a satisfação da pretensão do autor. No capítulo 3, no item 3.5. será analisada a discussão existente quanto aos efeitos da apelação interposta; se há ou não duplo efeito, o que certamente implica no *momento* em que a sentença passa a se auto-executar, se com o trânsito em julgado ou não. No presente, só basta a declaração da natureza auto-executiva do procedimento possessório.

2.1.2. A fungibilidade

Pelo Princípio da Fungibilidade, disposto no art. 920 do CPC “*a propositura de uma ação possessória em vez de outra não obstará que o juiz conheça do pedido e outorgue a proteção legal correspondente àquela, cujos requisitos estejam provados.*”

O legislador, tendo em vista a dinâmica das situações fáticas envolvendo a posse, para dar efetividade aos provimentos que asseguram a sua proteção estabeleceu a norma retro mencionada. Isto porque o que a princípio configura apenas uma ameaça, entre a preparação e o ajuizamento do interdito proibitório pode se transmutar em efetivo esbulho. Ou mesmo um ato de esbulho pode se esvair, e permanecer a ofensa à posse apenas no campo da ameaça.

Outra razão para a fungibilidade é a dificuldade que muitas vezes existe ao se verificar se o ato molestador da posse configura esbulho, turbação, ou ameaça. Dessa forma, o legislador tinha que munir o juiz de poderes que pudessem flexionar a norma de modo a conceder a proteção possessória correspondente à situação de fato ocorrida.

A fungibilidade pode operar de duas maneiras. Ou o autor descreve os fatos e formula causa de pedir e pedido diverso da proteção correta (pois o que para o autor é turbação, para o juiz pode ser simples ameaça), ou então, o autor

até sustenta o pedido correlato à proteção, mas no decorrer da propositura da ação, a ameaça se concretiza e se transforma em esbulho.

Feitas estas considerações, é necessário conceituar cada uma destas espécies de moléstia à posse: a *ameaça*, a *turbação* e o *esbulho*, pois o legislador delegou para a doutrina e jurisprudência a distinção.

Ocorre o esbulho quando alguém priva de forma ilícita, total ou parcialmente, a livre disposição, o livre poder de fato de outrem sobre a coisa que está em seu poder, contra a sua vontade. Na turbação, o possuidor não perde o bem, mas o mantém, embora sofrendo uma restrição em sua posse. Nos dizeres de Marcus Vinicius Rios Gonçalves:

Distinguem-se os dois institutos porque no primeiro há a perda da posse (vis expulsiva), enquanto no segundo o possuidor mantém a coisa consigo, embora a sua utilização fique prejudicada ou dificultada (vis inquietativa). – (RIOS GONÇALVES, 1999, p. 58).

A ameaça se dá quando, por parâmetros objetivos, o molestador provoca atos tais que provoquem o justo receio do possuidor ter sua posse perdida ou turbada, criando uma situação de perigo iminente. Ainda não há atos concretos de turbação ou esbulho, porém a simples ameaça à posse representa um perigo.

Deve-se frisar no tocante ao esbulho que, o art. 1.200 do CC não deve ser visto como um rol exaustivo, pois ainda que o esbulhador não tenha agido com violência, clandestinidade ou precariedade, não deixará de ter cometido esbulho. Tem-se a título de exemplo:

Aquele que pacificamente ingressou em terreno alheio, à luz do dia, sem ocultar de ninguém a invasão, terá perpetrado esbulho e será demandado, sem que se possa identificar em qual dos três vícios ele incorreu. (RIOS GONÇALVES, 1999, p. 56).

Todavia, não comete esbulho o terceiro que recebe a coisa esbulhada, *sem* a ciência deste vício (posse de boa-fé). Conforme o disposto no art. 1.212 do CC, a ação possessória só poderá ser direcionada para o receptador da coisa esbulhada, isto é, daquele que *tinha* ciência do vício (posse de má-fé) e mesmo assim, entrou na posse do bem, objeto de esbulho. Contra o terceiro de boa-fé, só cabe ação de natureza real.

Ademais, convém anotar que o Código Penal descreve uma figura típica denominada *Esbulho possessório*, disposto no art. 161, §1º, II. Este tipo penal nada tem a ver com a caracterização do esbulho no direito civil. Conforme já

mencionado, ainda que não haja violência por parte do esbulhador terá ele cometido esbulho, passível de reintegração de posse, sem ter praticado o ilícito penal acima descrito. De acordo com o ensinamento de Luiz Regis Prado, “o esbulho possessório na lei penal não se confunde com o regulado pela lei civil.” (PRADO, 1999, p. 588).

2.1.3. A cumulação de pedidos

É um princípio informador das ações possessórias conquanto permite a cumulação de pedidos que originariamente não pertencem ao âmbito possessório, sem que sua inclusão prejudique o procedimento especial dos arts. 926 e seguintes do CPC. Com efeito, dispõe o art. 921 do CPC:

Art. 921. É lícito ao autor cumular ao pedido possessório o de:

I – condenação em perdas e danos;

II – cominação de pena para o caso de nova turbação ou esbulho;

III – desfazimento de construção ou plantação feita em detrimento de sua posse.

Se o autor, além dos pedidos acima, formular outros pedidos, deverá obedecer ao rito ordinário, não havendo nesta hipótese, a possibilidade de apreciação da liminar típica possessória (arts. 927 e 928 do CPC), embora cabível no procedimento ordinário, a antecipação de tutela do art. 273 do CPC.

Saliente-se que os pedidos elencados no art. 921 devem ser expressos; não estão implícitos na petição inicial. Eles estão sempre subordinados à procedência do *pedido principal, a proteção possessória*, o que não significa que a procedência *deste* acarreta o atendimento integral àqueles.

No pedido de condenação em perdas e danos entende a doutrina que ele não é possível no interdito proibitório, conquanto só há uma ameaça, não havendo ainda o prejuízo para o demandante.

O inciso II permite a cominação de pena, chamada de *astreinte* pela doutrina, para o caso de nova turbação ou esbulho. Detalhe: nas ações de manutenção e reintegração de posse, este pedido é facultativo, eis que equivale a um “*interdito proibitório incidental*”. Mas na ação de interdito proibitório, a *astreinte*

é da essência da ação; é o pedido principal, portanto obrigatório. O inciso III permite o pedido de demolição da obra ou plantação erigida, em prejuízo da posse do possuidor.

Ressalte-se que a sentença de ação possessória, como já declinado, tem natureza *executiva lato sensu*. Por esta razão, ela é *inimargável* (CAPANEMA DE SOUZA, 1994). Mas, no caso de condenação em perdas e danos, imposição de multa e desfazimento de construções não; nestes casos a natureza da sentença é cognitiva-condenatória. Destarte, a natureza de uma sentença proferida em ação possessória pode ser, ao mesmo tempo, executiva lato sensu e condenatória.

As perdas e danos, *frisem-se*, devem ser apurados no decorrer do processo, não podendo ser postergada para futura liquidação / execução. Problema surge na cominação de pena para novo ato molestador da posse (turbação ou esbulho), pois ela só terá aplicação se estes atos ocorrerem. Está pois, sujeita à *condição*. Dessa forma, a teor do art. 572 do CPC, o credor só poderá executar a sentença provando que esta condição ocorreu, ou seja, que houve a prática de novo ato turbador ou esbulhador da posse.

Se o autor conseguir provar com documentos (o que é raro), estes devem acompanhar a petição inicial da ação de execução; caso contrário, havendo somente prova testemunhal ou pericial a ser produzida, o autor deverá manejar nova ação de conhecimento provando a prática de novo ato molestador da posse, para cobrar a multa.

Enfim, cumpre não olvidar que:

... julgada procedente a ação com trânsito em julgado e cumprido o mandado de reintegração de posse, a prática de outro esbulho, em idênticas circunstâncias e pelas mesmas pessoas, não exigirá a propositura de nova possessória, bastando ao interessado requerer o revigoramento do mandado. (RIOS GONÇALVES, 1999, p. 63).

2.1.4. O caráter dúplice

É princípio consubstanciado no art. 922 do CPC, o qual prescreve:

Art. 922. É lícito ao réu, na contestação, alegando que foi o ofendido em sua posse, demandar a proteção possessória e a indenização pelos prejuízos resultantes da turbação ou do esbulho cometido pelo autor.

Uma ação é dúplice quando as partes assumem de forma simultânea e recíproca, a condição de autor e réu. Diz-se dúplice porque não há distinção entre autor e réu, pois mesmo este pode atacar a pretensão do autor formulando pedido de tutela possessória na contestação. Em regra, a contestação é um meio de defesa, não se podendo nela formular pedido. Porém, em sede das possessórias, devido ao caráter dúplice destas ações, isto é permitido; a contestação tem força reconvenicional.

Isto não significa que não possa existir reconvenção no campo destas ações. Se estiver sendo pleiteado outro direito, que não a proteção possessória, o réu poderá valer-se da reconvenção. Embora o art. 922 se refira apenas à proteção possessória e ao direito de indenização decorrente da moléstia, por simetria e tendo em conta o caráter dúplice, deve-se permitir ao réu a formulação dos demais pedidos contidos no art. 921 do CPC.

A razão desta peculiaridade nas ações possessórias é dita por Carlos Alberto de Campos Mendes Pereira:

Com efeito, no pleito possessório, a controvérsia freqüentemente está centrada na identificação da 'melhor posse', a partir da invocação por ambos os litigantes, da condição de titular de posse. Daí a conveniência, voltados os olhos para considerações de política judiciária e de economia processual, da adoção de mecanismos que permitam ao réu postular para si mesmo proteção possessória, nos mesmos autos e sem os encargos e riscos da reconvenção.

(...)

Reconhecido que o autor nunca teve posse ou que o réu não lhe esbulhou, a deste último, com relação ao primeiro, é tida por legítima. (MENDES PEREIRA, 1999, p. 86-87).

2.1.5. A exceção de domínio

Este é um assunto que sempre provocou muita discussão na doutrina e na jurisprudência. A proibição da *exceptio domini* no juízo possessório vem disciplinada atualmente nos arts. 1.210, §2º do CC e art. 923 do CPC, que por sua vez prescrevem:

Art. 1.210.(...)

§2º Não obsta à manutenção ou reintegração na posse a alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa.

Art. 923. Na pendência de processo possessório é defeso, assim ao autor como ao réu, intentar ação de reconhecimento de domínio.

Desta forma, é vedado às partes a alegação de propriedade, seja na contestação da ação possessória, seja intentando ação reivindicatória, havendo ação possessória já instaurada. Referida proibição consagra a absoluta independência e autonomia dos juízos possessório e petitório.

A celeuma sobre a possibilidade de discussão do domínio no juízo possessório surgiu com a contraditória redação do art. 505 do Código Civil de 1.916, a seguir descrita:

Art. 505. Não obsta à manutenção, ou reintegração na posse, a alegação de domínio, ou de outro direito sobre a coisa. Não se deve, entretanto, julgar a posse em favor daquele a quem evidentemente não pertencer o domínio.

A análise do artigo supra mencionado leva a entender que existe uma contradição entre a 1ª e a 2ª parte do dispositivo. Mas a jurisprudência interpretando de forma restritiva a 2ª parte do artigo, firmou-se pelo entendimento de que a posse não poderá ser julgada em favor daquele a quem não pertencer o *domínio*, se ambos os contendores disputarem a posse tendo *ele* por fundamento.

Tal interpretação, reiterando-se, culminou com a edição da súmula 487 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*: “Será deferida a posse a quem, evidentemente, tiver o domínio, se com base neste for ela disputada.”

Contudo, com a edição do atual Código de Processo Civil em 1.973, este trazia na 2ª parte do art. 923 (hoje revogada), redação semelhante à do art. 505 do CC de 1.916, que dizia: *Não obsta, porém à manutenção ou à reintegração na posse a alegação de domínio ou de outro direito sobre a coisa; caso em que a posse será julgada em favor daquele a quem evidentemente pertencer o domínio.* Percebe-se que o CPC disciplinou de forma diversa da do CC de 1.916, tratando de forma *positiva*, enquanto o CC tratava de forma *negativa*. Por esta razão, o CPC derogou tacitamente a 2ª parte do art. 505 do CC.

Mais tarde, a Lei 6.820/80 suprimiu a 2ª parte do art. 923 do CPC, proibindo de modo absoluto a discussão do domínio em sede de ações possessórias (já que a 2ª parte do art. 505 do CC antigo não foi repristinada pela lei revogadora), e tornando sem efeito a súmula 487 do Supremo Tribunal

Federal. Com o advento do Novo Código Civil, devido à disposição contida no §2º do art. 1.210 não há mais dúvidas sobre a impossibilidade de se aduzir alegação de propriedade no juízo possessório. Entendimento diverso seria trazer indubitavelmente a questão dominial para o âmbito possessório, incentivando a justiça de mão própria, pois o proprietário cometeria sempre um ato de esbulho para reaver o bem e, quando demandado, suscitaria como defesa ser o proprietário. Portanto, nas palavras de Humberto Theodoro Júnior:

Restaurou-se, destarte, a tradição firmada desde as Ordenações Filipinas, segundo a qual a alegação de domínio é matéria impertinente nos interditos, porque 'o esbulhador deve, antes de mais nada, restituir'. (THEODORO JÚNIOR, 2003, p.130).

Ressalte-se que é controvertida a questão referente à súmula 487 do Supremo Tribunal Federal; se ainda subsiste ou não. A doutrina e a jurisprudência entendem de forma não pacífica que a exceção de domínio prevalece no processo possessório, excepcionalmente em duas hipóteses: a primeira ocorre quando as partes disputam a posse sob a alegação de dono. A segunda se dá quando não se consegue, diante da prova produzida, apurar qual a melhor posse, devendo se decidir por quem tenha melhor título dominial. Marcus Vinicius Rios Gonçalves entende que:

A solução, todavia, não nos parece adequada, já que o art. 333 do Código de Processo Civil, que cuida das regras do ônus da prova, oferece solução para tais situações, determinando que o juiz julgue em desfavor daquele que tinha de provar e não o fez. (RIOS GONÇALVES, 1999, p. 66).

Existe uma outra razão, de ordem prática, para não acolher a suposta subsistência da exceção de domínio nas ações possessórias, e é anotada por Sílvio de Salvo Venosa:

... quando ambos os contendores disputam a posse exclusivamente com base no domínio, o que na prática não é muito fácil de ocorrer, cabe ao juiz decidir quem tem melhor fato de posse, se é que essa posse efetivamente existe. Aliás, parece-nos difícil, senão impossível, que o fato da posse seja reconhecido se ambas as partes discutem-na exclusivamente sob respaldo do direito de propriedade. (VENOSA, 2003, p. 135).

Frise-se porém, que dito autor entende que a norma do §2º do art. 1.210 do CC não veda a exceção de domínio, opinião da qual *data venia* não comunga esta obra, pelas razões já apontadas. Saliente-se que: *“Apesar de ser decidida com base nos títulos, não perde o caráter de ação possessória, tanto assim que*

tal julgamento não produzirá efeito de coisa julgada em futura ação petítória.” (ROBERTO GONÇALVES, 2001, p. 39).

Havia discussão a respeito da constitucionalidade do art. 923 do CPC, por ferir supostamente o direito de propriedade. O Supremo Tribunal Federal afastou a tese de inconstitucionalidade (RTJ, 91:594), pois o vencido na esfera possessória poderá na petítória reaver a coisa. Existe discussão a respeito se poderia ser intentada ação possessória havendo ação petítória em curso, já que não existe proibição expressa.

O descumprimento do disposto no art. 923 implica, para o autor a extinção do processo sem julgamento de mérito, por faltar pressuposto processual. Se deduzida a *exceptio domini* na petição inicial da ação possessória, tudo dependerá da contestação ofertada pelo réu: se desejar discutir o domínio, fazê-lo-á na contestação; se negar a fazê-lo deverá pedir preliminarmente a extinção do processo sem análise de mérito. Se for o réu que sustentar unicamente a *exceptio* em sua defesa, o caminho a seguir é o autor em sede de réplica, pedir a decretação da revelia, pois a defesa sustentada pelo réu é ilegítima. Sendo pressuposto processual a inexistência de ação possessória para se discutir o domínio, esta questão pode ser reconhecida a qualquer tempo e grau de jurisdição, de ofício pelo juiz ou a requerimento das partes, pois se trata de matéria de ordem pública, passível de objeção processual.

2.1.6. Procedimento especial e ordinário

A razão que levou o legislador a incluir as ações possessórias entre os procedimentos especiais foi dar uma tutela diferenciada e efetiva ao direito material, bem como fornecer ao autor a possibilidade de antecipação de tutela através da concessão de liminar possessória.

Dispõe o art. 924 do diploma processual civil:

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.

O procedimento possessório disposto nos art. 926 / 931 do CPC só é aplicável nas chamadas *ações de força nova*, que são aquelas intentadas a menos de ano e dia da turbação ou do esbulho. Passado este prazo, a ação será *de força velha* e seguirá o rito ordinário (ou sumário, nas causas até sessenta salários mínimos – art. 275, I do CPC), sem perder o caráter possessório.

A grande diferença entre o rito especial e o rito ordinário, é que no primeiro há a possibilidade da concessão da liminar possessória *típica*. Após a decisão sobre sua concessão ou denegação, o rito segue de forma igual à do rito ordinário. Com a introdução da antecipação de tutela (art. 273 do CPC) no rito ordinário em 1.994, as diferenças entre um rito e outro se tornaram menores ainda. Porém, urge ressaltar que a antecipação de tutela do rito ordinário se sujeita a requisitos mais rigorosos do que a liminar típica do rito especial, pois para concessão da primeira é necessário o preenchimento das condições estabelecidas no art. 927 mais as do art. 273, inciso I ou II, conforme o caso.

Embora a ação de força velha siga o rito ordinário, ela não perde o caráter possessório, o que significa que os vícios da posse não se convalidam, permanece o Princípio da Fungibilidade, a sentença continua auto-executável, permanece o caráter dúplice, a vedação ao uso da *exceptio domini*.

Porque o legislador estabeleceu o prazo de ano e dia? Um ano é período razoável; poderia ser mais, como também menos. Este prazo é decadencial e vem desde as Ordenações Afonsinas, chegando ao ordenamento vigente. Segundo o professor Silvio Capanema de Souza (1994), a razão do prazo de um ano e um dia se explica em razão dos prazos processuais se iniciarem no dia seguinte, tendo o autor 365 e não 364 dias, caso o prazo fosse somente de um ano, para compensar o dia do início. A contagem do prazo começa da efetiva ofensa (incluindo-se o *dies a quo*), e não do início da posse lícita. Mas existem várias formas de ofensa, havendo necessidade de se distinguir os atos *continuados* e os atos *independentes*. Nos atos continuados, o prazo começa da primeira ofensa. Nos independentes, a cada nova ofensa se inicia um novo prazo. Para o possuidor ausente, o prazo se inicia da sua ciência da turbação ou do esbulho.

Questão que se propõe: a moléstia à posse é a menos de ano e dia. O autor é obrigado a seguir o rito especial? A jurisprudência dominante é no sentido

de não haver obrigatoriedade em seguir o rito especial. O autor não é obrigado a requerer a liminar. Ele é o dono da ação. Pode querer abrir mão da liminar, por causa do risco de revogação, por ser obrigado a prestar caução. Assim, ele é quem escolhe o rito que quer seguir.

2.1.7. A caução

Diz o art. 925 do CPC:

Art. 925. Se o réu provar, em qualquer tempo, que o autor provisoriamente mantido ou reintegrado na posse carece de idoneidade financeira para, no caso de decair da ação, responder por perdas e danos, o juiz assinar-lhe-á o prazo de 5 (cinco) dias para requerer caução sob pena de ser depositada a coisa litigiosa.

Este dispositivo da lei processual estabelece a possibilidade de caução judicial requerida pelo réu. Com a concessão da liminar, principalmente em sede de *reintegração de posse*, há sempre o risco da ação ser ao final, julgada improcedente, ou mesmo o processo ser extinto sem julgamento de mérito. Como esta antecipação da tutela possessória é deferida sem a efetivação do contraditório, o réu corre o risco de sofrer prejuízos com a concessão da medida. Por esta razão o legislador processual trouxe para o procedimento possessório a possibilidade de o réu requerer ao juiz que o autor o segure de eventuais prejuízos.

A existência deste dispositivo faz deduzir que há responsabilidade civil objetiva do autor em caso de improcedência da ação, se o réu sofrer danos com a concessão da liminar.

Os requisitos para que o autor seja obrigado a prestar caução estão postos no art. 925 e são: 1) *Pedido do réu*; 2) *Autor foi mantido ou reintegrado na posse liminarmente*; 3) *Prova da inidoneidade financeira do autor para ressarcir futuros prejuízos em caso de extinção do processo*.

O pedido de caução é feito nos próprios autos, não necessariamente na contestação, pois o art. 925 declara *a qualquer tempo*, entendido pela doutrina (de forma não pacífica) que seria entre a efetivação da medida liminar e a sentença de 1º grau. Silvio de Salvo Venosa (2003, 138) por exemplo, entende

que a caução pode ser requerida, estando o processo em 2ª instância, sendo processada porém, pelo juiz de 1º grau.

Se a prova da inidoneidade financeira do autor for baseada em documentos (certidões de protesto, certidões de execuções judiciais, por exemplo), bastará sua juntada aos autos para a comprovação. Do contrário, se for preciso a produção de prova testemunhal ou pericial, entende a doutrina que, para que não tumultue o bom andamento do processo, o juiz deve determinar o desentranhamento do pedido de caução e decidir a questão de forma incidente, em autos apartados, seguindo o procedimento previsto nos arts. 826 / 830 do CPC. Obviamente, o autor poderá se manifestar sobre a prova produzida, em observância ao princípio do contraditório. Saliente-se que o ônus da prova pertence ao réu.

Na pendência deste incidente de caução o processo não se suspende; continua sua tramitação. O valor da caução é fixado pelo juiz, em proximidade com o valor dos eventuais prejuízos que o réu venha experimentar. Também não guarda qualquer relação com o valor do direito acautelado. A caução pode ser real ou fidejussória. Se for determinada pelo juiz e não for prestada, o bem será depositado sob a responsabilidade do réu ou terceiro (depositário judicial). Este depósito, nas palavras de Joel Dias Figueira Júnior: “... *corresponde, em outros termos, a uma verdadeira revogação da liminar, ou melhor, a condição suspensiva da eficácia da medida.*” (FIGUEIRA JÚNIOR, 1999, p. 366).

A doutrina quase-unânime critica severamente o instituto da caução colocado como está no capítulo das ações possessórias. Pois o legislador não estabeleceu qual o procedimento em que o réu demonstraria a prova da inidoneidade financeira do autor. Também questiona como o réu poderia provar prejuízos ainda incertos e futuros que poderiam ocorrer com a concessão da liminar e posterior extinção do feito. Isso sem falar na possível inconstitucionalidade do dispositivo por limitar o pleno acesso à justiça, e ferir o princípio da igualdade, criando discriminação entre os litigantes pobres e ricos, segundo declarado por Joel Dias Figueira Júnior, (1999, 372).

Com o devido respeito ao entendimento acima, o dispositivo não é de todo desprezível. Tem a sua importância. Imagine-se que o réu, embora tenha sido retirado da posse liminarmente, é possuidor de boa-fé e fez benfeitorias (úteis ou

necessárias) no imóvel. Não pôde se defender pois a liminar havia sido concedida antes que pudesse invocar o direito de retenção. Ao agravar da decisão, no recurso de agravo foi negado provimento, pois as provas se baseavam apenas em documentos e nos autos, quando se sabe que a prova por excelência nas possessórias é a testemunhal, e não foi ouvida nenhuma testemunha sua. Parece que ao requerer que o autor preste caução, o réu poderá provar que haverá prejuízo *certo* se ela não for prestada, e terá maiores possibilidades de produzir prova testemunhal, em autos apartados. Se o autor não prestar a caução, não subsiste a liminar concedida. Nesta hipótese vislumbra-se a utilidade do instituto, tão criticado pela doutrina.

2.2. A reintegração de posse

A ação de reintegração de posse é cabível toda vez que ocorrer um ato de esbulho à posse do possuidor. O esbulho é a ofensa mais grave perpetrada à posse e, por essa razão, a reintegração de posse é a medida mais drástica para sua proteção, pois ela modifica uma situação fática existente, retirando um possuidor e colocando outro em seu lugar.

O esbulhado deverá demonstrar a sua posse, o ato de esbulho, a data em que este ocorreu e a perda de sua posse (art. 927 do CPC). Acrescente-se ainda, que ele deve demonstrar também, a má-fé do esbulhador. Datando o esbulho a menos de ano e dia, o autor da ação tem o direito de ser reintegrado liminarmente, seguindo o procedimento especial disposto nos arts. 926 / 931 do CPC. Dada a importância desta ação para o presente trabalho, o seu procedimento será comentado separadamente, no capítulo seguinte.

2.3. A manutenção de posse

Tem cabimento a ação de manutenção de posse quando ocorre um ato de turbacão na posse de alguém. O possuidor sofre um embaraço em sua posse, de modo que não consegue exercê-la livremente. Não chega a ser retirado dela, mas

não a exerce de forma desimpedida. O procedimento desta ação é tratado conjuntamente com a ação de reintegração de posse, nos arts. 926 / 931 do CPC.

Os requisitos para o possuidor turbado na posse manter-se nela estão no art. 927 e são: 1) Demonstração de sua posse; 2) O ato de turbação; 3) A data em que esta ocorreu; 4) A continuidade da posse, embora turbada. Também deve demonstrar a má-fé do turbador. Sendo a turbação a menos de ano e dia, o autor pode ser mantido liminarmente em sua posse. Como esta ação segue o mesmo procedimento da reintegração de posse, que será comentado mais adiante, tudo o que for dito a respeito da reintegração é também válido para a manutenção de posse, guardadas as devidas proporções.

2.4. O interdito proibitório

Tem lugar esta modalidade de ação possessória nas vezes em que ocorrer uma ameaça à posse. Esta é a menor das ofensas à posse. Mas o possuidor não precisa esperar a concretização desta ameaça para agir. Destarte, sempre que o possuidor tiver justo receio de que a ameaça se converta em turbação ou esbulho, ele poderá valer-se da ação de interdito proibitório.

No dizer de Caio Mário da Silva Pereira:

Interdito proibitório é a defesa preventiva da posse, ante a ameaça de turbação ou esbulho. Consiste em armar o possuidor de mandado judicial, que o resguarde da moléstia iminente. Não é necessário que aguarde a turbação ou o esbulho. (SILVA PEREIRA, 2003, p. 70-71).

O autor solicita um provimento consistente na cominação de multa (daí a natureza preventiva deste interdito), caso a ameaça se efetive em turbação ou esbulho. O *justo receio* é medido objetivamente, não é algo subjetivo, pessoal. Também não é confundido com a ameaça de se exercer legitimamente um direito.

O professor Silvio Capanema de Souza (1994) declara que a ação em tela guarda certa semelhança com as cautelares, tendo o interdito proibitório, índole nitidamente cautelar. Por que seria ação possessória então? (questiona o professor). Porque a simples ameaça já é uma ofensa à posse, estando o CPC correto ao incluí-lo entre as ações possessórias.

A disciplina jurídica do interdito proibitório está regulada nos arts. 932 e 933 do CPC, sendo que o último determina que se aplique à ação em pauta, o disposto na seção da manutenção e da reintegração de posse. Também se aplicam ao interdito proibitório, as disposições gerais dos arts. 920 / 925 do CPC.

A maioria da doutrina entende ser cabível a possibilidade de liminar no interdito proibitório, pelo fato de ser-lhe aplicável o mesmo procedimento da manutenção e reintegração de posse. Todavia, Humberto Theodoro Júnior entende que:

A ação, in casu, é sempre de força nova, porque a própria citação tem força de interditar a prática do ato que se teme seja adotado pelo réu em prejuízo do autor. Por isso, o despacho da petição inicial só pode ser dado quando o promovente apresenta elementos de convicção adequados para a obtenção de medida liminar, segundo a sistemática do art. 928 (prova documental ou justificação). (THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 138) –(grifou-se).

Deve também ser esclarecido que, embora o art. 932 diga que a legitimidade para este interdito é tanto do possuidor direto como do indireto, isto não significa que nas outras ações possessórias seja somente do possuidor direto. Esta redação do art. 932 gerou muita confusão durante um tempo mas foi esclarecida posteriormente, firmando-se o entendimento de que houve, na verdade, uma falha técnica do legislador.

Questão que envolve o Princípio da Fungibilidade é a existente na situação em que o autor entra com a reintegração de posse, mas neste interregno, o esbulhador abandona a posse do bem, mantendo porém um comportamento ameaçador. O problema que surge é: não tendo o autor feito pedido de cominação de pena na reintegração, pode o juiz, aplicando o Princípio da Fungibilidade, converter a ação em interdito proibitório e conceder multa? A jurisprudência dominante bem como a doutrina, entendem que neste caso, o juiz aplica o princípio retro, mas abre vista para o autor complementar o pedido (do contrário estaria julgando *ultra petita*).

Uma última questão sobre o interdito proibitório é o valor da *astreinte*. Ficaria ela ao critério, ao arbítrio do autor? Certamente que não. Doutrina e jurisprudência são pacíficas no sentido de que o juiz pode reduzir o valor inicialmente pleiteado pelo autor. Somente não poderá majorá-lo, ainda que o considere vil.

3. O Procedimento de Reintegração de Posse

3.1. Competência, legitimação e petição inicial

A competência nas possessórias, em se tratando de bens imóveis é sempre o foro da situação da coisa (*forum rei sitae*), conforme estatuído pelo art. 95 do CPC. Alguns doutrinadores entendem que se trata de hipótese de competência territorial *absoluta*, constituindo exceção, pois via-de-regra a competência territorial é relativa. Outros, com o respaldo da jurisprudência afirmam tratar-se de competência funcional:

Apesar de não consistir em direito real, o Código de Processo Civil, no art. 95, estipulou que, para as ações possessórias sobre bens imóveis, a competência é do lugar da coisa.

(...)

Mesmo que o citado critério esteja compreendido na Seção III do referido Estatuto, a qual se refere à competência territorial, trata-se de competência funcional, portanto, absoluta.

(...)

A orientação do Superior Tribunal de Justiça não discrepa desse entendimento:

'O foro da situação da coisa é o competente nas ações reais imobiliárias, sendo inadotável, na reintegração de posse, o de eleição'. (RSTJ 28/459). (OLIVEIRA, 2001, p. 77-78).

Ainda que a ação seja cumulada com outra de natureza obrigacional, o foro continuará sendo o da situação da coisa, todavia tramitando pelo procedimento comum. Caso o imóvel esteja situado em mais de um Estado, a competência será fixada pela prevenção (arts. 107 e 219 do CPC, combinados). Se for coisa móvel, segue-se a regra geral, qual seja, o foro do domicílio do réu (art. 94 do CPC) ou de eleição, se for o caso.

A competência em razão da matéria (*ratione materiae*) pertence às varas cíveis. Sendo a União parte ou interessada, processa-se perante a Justiça Federal, conforme o art. 109, I da Constituição Federal (*ratione personae*).

Saliente-se que, sendo o valor do imóvel inferior a 40 (quarenta) salários mínimos, o Juizado Especial Cível é competente para conhecer da ação, segundo disposto no art. 3º, IV da Lei 9.099/95, que se processará pelo rito *sumaríssimo*.

Ainda que se trate de posse nova, não há a tutela antecipatória do art. 928 do CPC. O autor, ao ingressar no Juizado Especial Cível abre mão do rito especial do CPC, que só existe na Justiça Comum. Não é possível misturar os dois procedimentos, embora se admita, em tese, a possibilidade de concessão de antecipação de tutela fundada no art. 273 do CPC:

Caso seja necessário – verossimilhança da alegação e periculum in mora ou abuso de direito de defesa – e desde que requerido, deverá o juiz conceder a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, em obséquio ao mandamento constitucional de acesso à justiça (art. 5º, XXXV) e por aplicação subsidiária do Código de Processo Civil. (OLIVEIRA, 2001, p. 72).

Malgrado a lei dos juizados especiais não tenha incluído expressamente a competência para processar ações possessórias relativas a bens móveis, divide-se a doutrina sustentando o seu cabimento de duas maneiras: a primeira corrente sustenta que a interpretação do inciso IV do art. 3º da Lei deve ser ampliada, pois se puder se conhecer de causa referente a imóvel, que é mais complexa, também deve ser conhecida a referente aos bens móveis, que são de menor complexidade, respeitando o limite do valor da causa estabelecido no inciso I da Lei; a segunda corrente encaixa a competência para tutelar tais interesses, no inciso I da Lei, ou seja, desde que a causa não atinja valor acima de 40 (quarenta) salários mínimos.

A razão dos interditos terem sido incluídos *expressamente* na competência dos Juizados Especiais Cíveis é dita por Cândido Rangel Dinamarco, a seguir:

A menção específica a elas foi consequência do fato de se tratar de ações de procedimento especial, segundo o Código de Processo Civil (arts. 920 ss); como o critério do valor menor só prevalece em relação às causas de procedimento comum (...), por si só ele seria insuficiente para atrair as ações possessórias, e foi por isso que o legislador, querendo incluí-las na competência dos juizados, viu-se na necessidade de contemplá-las com uma disposição específica. (DINAMARCO, 2001, p. 63).

Explicada a questão da competência, passa-se agora, à legitimação ativa e passiva nos interditos possessórios.

Tem legitimidade *ativa* para a ação, o possuidor direto e o indireto. O detentor não, pois não tem posse. Admite-se, inclusive, o litisconsórcio (CPC, arts. 46 a 49) entre os possuidores direto e indireto. Nos termos do art. 1.197 do CC, o possuidor direto pode demandar contra o indireto. A recíproca também é verdadeira.

Também têm legitimidade ativa, os sucessores do possuidor (art. 1.207 do CC). Portanto, qualquer que seja a posse, direta ou indireta, natural ou civil, justa ou injusta (esta última somente contra terceiros), sua existência autoriza o possuidor a demandar em juízo. Em sede de composses, qualquer dos compossuidores pode ajuizar a ação. Se todos figurarem no pólo ativo, haverá litisconsórcio facultativo unitário. Sendo somente um, haverá substituição processual com relação à parcela do direito dos demais, podendo figurar como assistentes litisconsorciais. Em se tratando de posse de bem de uso comum há legitimidade ativa (isoladamente ou em litisconsórcio) tanto do poder público como do particular que dele se utiliza.

A legitimidade *passiva* na ação possessória é daquele que praticou o ato ofensivo à posse, o molestador desta. Também há legitimidade passiva, para o terceiro receptador do bem, objeto de esbulho (art. 1.212 do CC). O terceiro de boa-fé não é abrangido. Contra ele só é cabível ação petitória.

Se o preposto for acionado, por ser detentor, portanto parte ilegítima, deve nomear a autoria (art. 62 do CPC) o verdadeiro possuidor, o preponente. Sendo demandado o possuidor direto, deverá denunciar a lide ao possuidor indireto (art 70, II do CPC). O possuidor direto não sai da relação jurídica processual, mas continua como assistente do denunciado.

Sendo o esbulhador, menor púbere, a ação deve ser direcionada a ele, assistido por seus representantes. Se for menor impúbere, a ação é em face de seus responsáveis. Os herdeiros do esbulhador também têm legitimidade passiva. O mesmo ocorre com o usufrutuário se molestar a posse do nu-proprietário. Também podem figurar no pólo passivo, as pessoas jurídicas de direito público e privado, por não lhes serem lícito, o desapossamento sem observarem o devido processo legal. Com relação à pessoa jurídica de direito público, vale lembrar a anotação da seguinte doutrina:

... se pessoa jurídica dessa natureza já tiver construído na área tomada obra pública, ou a tiver destinado a determinada finalidade pública, não caberá mais a ação possessória, em razão do princípio da intangibilidade da obra pública. Restará ao prejudicado postular a reparação de danos pela perda da área, em ação de desapropriação indireta. (RIOS GONÇALVES, 1999, p. 72-73).

Para as ações possessórias, nos termos do §2º do art. 10 do CPC, a participação do cônjuge do autor ou do réu só será necessária em caso de

composse ou de atos (de esbulho, por exemplo) praticado por ambos os cônjuges. O legislador do CPC consagrou dessa forma, como sendo *pessoal* a natureza jurídica da posse. Apesar desta obra entender como sendo *real* a natureza da posse, não haverá problema se, fora dos casos do art. 10, §2º do CPC, o cônjuge do autor ou do réu não estiver presente no respectivo pólo da demanda.

Vista a legitimidade nos interditos, é necessário discorrer acerca da petição inicial destas ações. Os requisitos dos arts. 282 e 283 do CPC devem estar presentes e, ao lado deles, também os constantes no art. 927, quais sejam, a *posse do autor, o esbulho praticado pelo réu, a data da ofensa à posse, e a sua perda*. Segundo Antônio Carlos Marcato:

Esses fatos deverão ser demonstrados documentalente, exigindo-se a prova cabal de pelo menos dois deles: a posse do autor e a data do esbulho ou turbação.

A exigência é facilmente compreensível, pois não demonstrada a posse do autor descaberá a proteção possessória por ele pretendida; ademais, é de vital importância a fixação da data da ofensa, já que com base nela se apurará o procedimento adequado, vale dizer, tratando-se de ação de força nova o rito será o especial, e de força velha, o ordinário (...). (MARCATO, 1999, p. 121).

O réu (ou réus) deve ser devidamente qualificado, salvo impossibilidade de fazê-lo, quando então se devem colocar os nomes dos que foram identificados (dos líderes, por exemplo, em se tratando de ocupações por várias pessoas). Se nenhum for identificado, deve-se mencionar os ocupantes do local, pois o oficial de justiça procederá à citação de todos que forem encontrados. Se o lugar estiver inacessível, a citação será editalícia.

A indicação do bem deve ser clara e minuciosa, demonstrando-se as suas confrontações e divisas em caso de imóvel. A descrição deve ser detalhada para se delimitar o objeto da ação possessória, pois a proteção da posse é certa e localizada. Segundo Humberto Theodoro Júnior:

Quanto à individuação da coisa possuída, trata-se de imposição categórica derivada da natureza da ação possessória. O interdito tutelar da posse, qualquer que seja ele, tem a característica de ser ação real, visto que, por meio dele, o autor demanda o exercício de fato dos poderes inerentes ao domínio. (THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 122).

Não atendidos estes requisitos, o juiz pode determinar que o autor emende a inicial, ou mesmo indeferir, se esta se enquadrar em algum dos casos do art. 295 do CPC.

A intervenção do Ministério Público na ação deve observar a regra do art. 82 do CPC, com destaque para o inciso III, que impõe a intervenção do *Parquet* nos casos de litígios coletivos pela posse da terra rural. Este inciso foi acrescentado em 1.996, ano em que eclodiu a manifestação do *Movimento Sem-Terra*.

Ressalte-se que existem dois projetos de lei tramitando na Câmara dos Deputados: um deles visando alterar o inciso III e incluir a intervenção do Ministério Público nos litígios possessórios envolvendo a posse de imóvel urbano do Sistema Financeiro de Habitação (PL 1369/03). No outro projeto de lei, quer-se tornar obrigatória a presença do *Parquet* no cumprimento dos mandados judiciais de manutenção e de reintegração de posse (PL 1371/03 – ambos os projetos de autoria do deputado Inácio Arruda, do PCdoB-CE). Essas alterações têm por escopo prevenir, com a presença física do membro do Ministério Público, a violência que muitas vezes ocorre no cumprimento dos mandados judiciais de manutenção e reintegração de posse, bem como garantir o equilíbrio processual em favor do mutuário que é hipossuficiente, estando entre as prerrogativas institucionais do *Parquet*, a defesa dos interesses coletivos para garantir o direito social de moradia.

Quanto ao pedido:

Nas ações possessórias, o primeiro pedido que cumpre ao autor formular em sua inicial é o da proteção da posse, requerendo, então, a reintegração, a manutenção ou o resguardo contra a ameaça de turbação. (MENDES PEREIRA, 1999, p. 91).

Sem prejuízo do rito especial, o autor poderá requerer também, qualquer dos pedidos ou mesmo todos os elencados no art. 921 do CPC. Segundo o autor retro: “*Cuida-se de cumulação sucessiva, a partir do pedido de proteção à posse, uma vez que ao magistrado somente será dado examinar os demais, se acolher pedido possessório.*” (MENDES PEREIRA, 1999, p. 91).

As provas utilizadas nestas ações podem ser a *oral* (compreendendo o *depoimento pessoal das partes* e a *prova testemunhal* que, ao ver desta obra, é a prova por excelência nas possessórias), a *documental* e a *pericial*. Segundo ensina Carlos Alberto de Campos Mendes Pereira (1999, 95-96), a prova oral é colhida na audiência de justificação prévia e na de instrução e julgamento. A prova documental pode consistir em mapas, croquis e memorial descritivo da

gleba esbulhada, com indicação dos confrontantes, além de fotografias da área invadida e outros documentos aptos a demonstrar a posse e benfeitorias. A prova pericial se dá na determinação exata da área, verificação dos ocupantes, construções e benfeitorias, dados importantes para munir pedido de indenização ou retenção por benfeitorias. O ônus da prova com relação aos requisitos do art. 927 do CPC pertence ao autor (art. 333, I do mesmo diploma legal).

Tumultuada é a questão concernente ao *valor da causa* nas ações possessórias, existindo grande discussão na doutrina e na jurisprudência. O que vem predominando na jurisprudência (RT, 566:152 e 666:108; JTACSP, 116:155) é a aplicação analógica do art. 259, VII do CPC, ou seja, a estimativa oficial para o lançamento do imposto, que corresponde ao *valor venal* do imóvel. Alguns doutrinadores entendem que, se o possuidor não for o proprietário, como não exerce o domínio *pleno*, deve ser fixado um valor que simbolize a posse em si, ou o benefício patrimonial que dela resulta, perseguido pelo autor no processo.

3.2. A tutela de urgência na reintegração de posse

As tutelas de urgência mais retratadas no ordenamento jurídico do processo civil são a tutela *cautelar*, a tutela *satisfativa antecipada* (que pode ser *genérica* – art. 273 do CPC, ou *específica* de cada procedimento, a exemplo da *liminar possessória* – art. 928 do mesmo estatuto) e o mandado de segurança.

A tutela cautelar já foi vislumbrada no item 2.1.1. e consiste na providência jurisdicional conferida para assegurar o resultado útil de outro processo, o principal. Quanto ao mandado de segurança, será analisado no item 3.3.2.

Neste tópico tratar-se-á das *liminares nas ações possessórias*, utilizando-se o termo “tutela de urgência” para retratar tanto a liminar possessória *típica* (art. 928 do CPC), quanto a *antecipação de tutela* (art. 273 do CPC). Com efeito, as tutelas de urgência são um instituto do direito processual que permite o *pleno acesso à justiça*, propiciando a verdadeira e tão almejada *efetividade do processo*. Dentro do que se entende por *pleno acesso à justiça*, encontram-se o oferecimento de métodos de solução de conflitos rápidos, não caros e acessíveis

à população. Somente dessa forma ver-se-á o cumprimento da função social das tutelas de urgência. A este respeito se manifesta Joel Dias Figueira Júnior:

Assim, com essa função sobretudo social, as tutelas de urgência, por intermédio da concessão de liminares, seja em sede de jurisdição acautelatória ou cognitiva antecipatória, realizam, por meio do Estado-juiz, a abreviação dos conflitos de interesses resistidos ou insatisfeitos, para usar a expressão carnelutiana, com o ideal sempre voltado à pacificação social, como bem maior perseguido na distribuição da justiça. (FIGUEIRA JÚNIOR, 1999, p. 105).

Destarte, o CPC, que é de 1.973, trouxe inicialmente no art. 928 uma espécie de antecipação da tutela possessória, concedida *liminarmente* para o autor, sendo o esbulho praticado a menos de ano e dia, quando provados os requisitos do art. 927 do CPC. Trata-se de liminar *típica*, *específica* do procedimento possessório.

Mas em 1994, a Lei 8.952 reformou o CPC e inseriu o instituto da antecipação de tutela junto ao procedimento comum ordinário, no art. 273. Diante disto, começou a se questionar, se na *ação de força velha* (intentada a mais de ano e dia do esbulho) por tramitar pelo rito ordinário, era possível a concessão da antecipação da tutela possessória, com base no art. 273 do estatuto processual. E até mesmo em caso de *posse nova*, discutiu-se a sua possibilidade, seja fundada inicialmente no art. 273, seja quando a antecipação *típica* possessória (art. 928) tenha sido indeferida.

O entendimento doutrinário e jurisprudencial dominante, e que faz a devida distinção entre um instituto e outro afirma que a tutela antecipada do art. 273 do CPC tem lugar nas *ações de força velha*, ou seja, sempre que o esbulho ocorrer a mais de ano e dia, isto é, se o autor provar, além dos requisitos do art. 927, os do art. 273 do CPC. Também tem lugar, quando o autor fizer pedido em ação possessória, além dos que estão no art. 921, ou seja, formular pedido de rito diverso. Neste caso, ele obrigatoriamente deverá empregar o rito ordinário (e não o especial dos arts. 926 e seguintes do CPC), cabendo então a possibilidade de requerer a antecipação de tutela.

Segundo conclui Francisco Antonio Casconi:

O instituto da antecipação de tutela, que extirpou do sistema processual o tratamento diferenciado então emprestado ao procedimento ordinário, alcança, sem atentar contra a liminar típica, a turbação ou o esbulho não desafiada no curso de ano e dia, uma vez comprovada a posse, sua afronta e a data em que ocorreu, além da evidência do direito, convencido

o julgador mediante prova inequívoca de que as alegações são verossímeis. Atendidos os requisitos próprios, poderá o possuidor desrespeitado em seu direito obter a antecipação dos efeitos da sentença de mérito, recebendo o mesmo tratamento do procedimento especial. (CASCONI, 2001, p. 122).

A questão pertinente à viabilidade da tutela antecipada fundada no art. 273 ser utilizada no rito especial (posse nova) tem gerado muita discussão na doutrina. Marcus Vinicius Rios Gonçalves entende que, sobre a liminar *típica* possessória: “A sua existência impede que, na ação possessória de força nova, o autor tente valer-se da tutela antecipada genérica do art. 273.” (RIOS GONÇALVES, 1999, p. 75).

Em contraposição ao pensamento anterior:

Conclui-se, assim, poder invocar o possuidor ambos os institutos conforme estejam presentes os requisitos. Até um ano e dia da turbação ou esbulho, pode invocar a liminar possessória, de cunho objetivo, bastando provar a posse anterior e o lapso de tempo inferior a ano e dia entre o fato que caracteriza o esbulho ou turbação e o pedido. Também poderá pedir antecipação de tutela, desde que presentes os requisitos. (MEZZOMO, 2003).

Particularmente, o presente trabalho opta por adotar a primeira concepção, tendo em vista, além das razões por ela apontadas, o fato de faltar *interesse em requerer* a antecipação de tutela genérica, se o ordenamento propicia uma de caráter *específico* e de mais simples obtenção.

Também levantada foi a questão referente à concessão de antecipação de tutela articulada no art. 273, havendo sido indeferida inicialmente a liminar baseada no art. 928 do CPC. Pois se sabe que, após a decisão acerca da liminar, o procedimento especial converte-se em *ordinário*, quanto aos demais atos processuais, viabilizando em tese, a incidência da antecipação de tutela *genérica*.

Admitindo esta possibilidade está Joel Dias Figueira Júnior, ao assinalar que:

... o possuidor esbulhado ajuíza em tempo hábil a ação interdita de força nova e não consegue obter êxito em demonstrar que a moléstia ocorreu dentro do prazo de ano e dia, nada obstante o manifesto perigo de dano irreparável ou de difícil reparação; nesse caso, como o requisito faltante não se confunde com o mérito possessório (...) e, havendo elemento probatório produzido em cognição sumária capaz de ensejar ao magistrado um juízo de verossimilhança, parece-nos que a incidência do art. 273, I se torna admissível. (FIGUEIRA JÚNIOR, 1999, p. 205-206).

Contrariamente à posição acima, (e ao ver deste trabalho, com o devido fundamento) aponta Cândido Rangel Dinamarco, em análise de um caso concreto

em que fora denegada a liminar *típica* pelo juiz de 1º grau, sendo confirmada a denegação pelo Tribunal em sede de agravo, e posteriormente, o mesmo juiz singular concedeu a antecipação de tutela *genérica*:

... assim, Sua Excelência acabou por dar o que antes a instância superior negara, infringindo com isso o acórdão então proferido.

(...)

Quando o E. Tribunal confirmou a denegação da liminar possessória – que se qualifica como medida antecipatória de tutela – e a partir de quando essa decisão se tornou irrecorrível, abateu-se sobre essa questão uma inafastável preclusão, a impedir que a ela se tornasse. Tal é o que emana da clara disposição contida no art. 473 do Código de Processo Civil, verbis:

‘é defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão’.

(...)

Tornar à questão, na mesma situação concreta, é violar o disposto no art. 473 do Código de Processo Civil. (DINAMARCO, 2002, p. 1341, 1342 e 1343).

A tutela de urgência ora retratada, possui uma função importantíssima na reintegração de posse, sobretudo porque altera uma relação fática existente, ao “trocar” liminarmente, um possuidor por outro. Por esta razão, a partir de agora, serão analisadas conjunta e intensamente, pois os *efeitos da concessão*, seja da liminar aludida no art. 928, seja a do art. 273, são idênticos num *possível* conflito com o direito de retenção.

O possuidor que de boa-fé entra na posse do bem e realiza benfeitorias, sendo sua posse *nova*, pode ser retirado liminarmente antes que possa sustentar seu direito de retenção pelas benfeitorias. De outra feita, sendo a sua posse *velha*, mas tendo o autor obtido a concessão da antecipação de tutela, o mesmo que ocorreu na hipótese anterior ocorrerá agora: o mandado liminar de reintegração de posse será cumprido antes da invocação do direito de retenção.

3.2.1. Previsão legal

Estando as ações possessórias dentro do Capítulo V, do Título I (Dos Procedimentos Especiais de Jurisdição Contenciosa), do Livro IV (Dos Procedimentos Especiais) do CPC, a peculiaridade que as torna um procedimento especial é justamente a concessão da liminar *initio litis* nas ações de força nova

(art. 924, 1ª parte do CPC). Daí esta modalidade de antecipação de tutela figurar nos arts. 928 e 929 do CPC, que declaram:

Art. 928. 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.

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

Art. 929. Julgada procedente a justificação, o juiz fará logo expedir mandado de manutenção ou reintegração.

Importante notar que, de acordo com o parágrafo único do art. 928, quando for réu, pessoa jurídica de direito público interno (ou suas autarquias) ou externo, a liminar não será concedida, ainda que preenchidos todos os requisitos do art. 927 do CPC, sem a prévia oitiva de seus representantes judiciais. Trata-se de *verdadeiro contraditório obrigatório*, tendo em vista a presunção de licitude dos atos da Administração Pública. Outra razão para a oitiva prévia, é verificar se houve ou não o desapossamento total do bem, pois:

Se ficar comprovado o desapossamento de modo definitivo do bem e o seu emprego em obra pública, o autor será julgado carecedor da ação (RT, 668:103), devendo então propor a ação de desapropriação indireta (...). (ROBERTO GONÇALVES, 2001, p. 50).

Mas a oitiva prévia não se estende às empresas públicas, sociedades de economia mista, concessionárias e permissionárias de serviços públicos. Excepcionalmente, a jurisprudência admite a dispensa desta oitiva do representante da pessoa jurídica de direito público (RJTJSP, 59:220; JTACSP, 105:72).

Em qual prazo deve o representante judicial se manifestar? A lei não fixa, mas deixa a critério do juiz fixar o prazo, que deve ser curto, dois ou três dias, por exemplo. Não fixando o juiz prazo, deve-se obedecer ao disposto no art. 185 do CPC que estabelece o prazo de cinco dias, não havendo a previsão legal ou assinatura pelo juiz.

Nas ações de força velha, com o advento da Lei 8.952/94 que inseriu o art. 273 no Capítulo I (Das Disposições Gerais) do Título VII (Do Processo e do Procedimento) do Livro I (Do Processo de Conhecimento), tornou-se possível a concessão de uma tutela de urgência *atípica*. Tal é a redação atual deste dispositivo:

Art. 273. 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.

Observe-se mais uma vez, que a antecipação de tutela fundada no art. 273 é possível tanto nas ações possessórias intentadas (a mais de ano e dia da ofensa à posse) na Justiça Comum, como, independente do prazo de ano e dia, nos Juizados Especiais Cíveis.

3.2.2. Natureza jurídica

Antigamente, havia grande controvérsia doutrinária a respeito da natureza jurídica da liminar possessória do procedimento especial do CPC: se satisfativa ou cautelar. Mas a maior parte da doutrina concluiu pelo caráter satisfativo da medida.

Pois lhe falta, para ser cautelar, o *periculum in mora*. Este requisito não se situa entre os elencados no art. 927 do CPC. Aliás, o *periculum in mora* é indiferente para que se conceda a antecipação *típica* possessória. Existindo ou não, isto não implicará na concessão ou denegação da liminar. Mas diferente é o

caso do *fumus boni iuris*, existente no art. 927 do estatuto processual. Este precisa ser comprovado.

A razão de parcela da doutrina pugnar pela natureza cautelar da medida é explicada por Betina Rizzato Lara, que conclui pelo entendimento de possuir a liminar possessória, caráter satisfativo-cautelar:

Não obstante afirmamos que a liminar em ação possessória é satisfativa, visando, antes de tudo, manter ou restabelecer a situação das partes em relação ao bem, ela não deixa de apresentar, de certa forma, uma cautelaridade. (...).

Esta cautelaridade ou prevenção aparece, por assim dizer, subsidiariamente. Isto ocorre porque, uma vez que o fim visado com a liminar é a preservação da ordem social, indiretamente se está garantindo ao autor da ação a incolumidade do bem, que restará em seu poder até que seja prestada a tutela jurisdicional definitiva. Por este motivo, de acordo com a classificação que apresentamos, a liminar em ação possessória é satisfativa-cautelar. (LARA, 1994, p. 162).

Primando pela natureza satisfativa da medida estão Luiz Orione Neto, Gleydson Kleber Lopes de Oliveira, Joel Dias Figueira Júnior. De igual forma, sucede com a antecipação de tutela do art. 273 do diploma processual. Ao deferir o pedido, o juiz concede ao autor, o *adiantamento de um dos efeitos da sentença de mérito* (a proteção possessória), tendo a medida destarte, *caráter satisfativo*.

Já a *decisão* que concede a antecipação de tutela, tanto a do art. 928 como a do art. 273, tem natureza de *decisão interlocutória*, uma vez que o juiz decide questão incidente, conforme a colocação do art. 162, §2º do CPC.

3.2.3. Pressupostos de concessão da liminar

Segundo declara o professor Silvio Capanema de Souza:

A liminar deve ser cuidadosamente concedida, principalmente em sede de ações possessórias e principalmente em sede de reintegração de posse. A liminar na reintegração de posse modifica uma situação fática existente. Porque vai se tirar um possuidor e colocar outro, liminarmente. A prova deve ser mais abundante. E o convencimento do juiz lastreado em provas realmente fortes. (CAPANEMA DE SOUZA, 1994).

Tratando-se da liminar prevista no art. 928 do CPC, os requisitos para sua concessão estão no art. 927 do mesmo diploma legal, a saber:

Art. 927. 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.

Considerando o objeto do tema proposto, para haver o deferimento do mandado *liminar* na reintegração de posse, é necessário, especificamente, que o autor prove a sua posse, o esbulho cometido pelo réu, a data deste, e a perda da posse. Ao lado destes requisitos, para que o autor logre êxito na concessão da liminar, evitando possível configuração da existência do direito de retenção pelo réu, deverá provar a sua má-fé, pois inexistente direito de retenção por benfeitorias na posse de má-fé.

Elucidando melhor: não basta a posse ser injusta; deve ser de má-fé. Confirmando este entender, está Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon:

Justamente estas circunstâncias deverão ser comprovadas por aquele que pretender haver ou reaver a coisa, evitando a arguição eficaz do direito de retenção por benfeitorias. Deverá comprovar que o possuidor conhecia efetivamente os vícios ou que estes eram tão flagrantemente evidentes que não lhes seria razoável, ordinariamente, ignorá-los.

A má-fé é tratada pelo legislador pátrio como excepcionalidade, tanto que nosso Código Civil estabelece apenas uma hipótese em que ela se presume: é a constante do art. 548, parágrafo único. Fora desta situação deverá sempre ser inequivocadamente comprovada. (BOURGUIGNON, 1999, p. 88) – (grifou-se).

O autor retro, referiu-se ao dispositivo do Código de 1.916; no Código Civil de 2.002, o dispositivo correspondente é o parágrafo único do art. 1.256. Ademais, não se pode olvidar que o réu possa ser um terceiro de boa-fé. Neste caso, o art. 1.212 do CC a *contrariu sensu* veda o direcionamento da reintegração de posse em face dele, pois não cometeu esbulho, nem é receptador da coisa esbulhada: “Art. 1.212. O possuidor pode intentar a ação de esbulho, ou a de indenização, contra o terceiro, que recebeu a coisa esbulhada sabendo que o era.” (grifou-se).

Mais uma razão para que se demonstre a má-fé do possuidor, pois contra o terceiro de boa-fé só poderá ser intentada ação de caráter *real*. Sendo terceiro de má-fé (receptador), por não ter cometido ato de esbulho, mas apenas tendo posse de má-fé, a comprovação desta é o único fundamento que dá azo à propositura da ação reintegratória, nos termos do art. 1.212 do CC.

Todavia, se o autor da reintegração de posse não provar a má-fé, mas demonstrar que não se trata de um terceiro que está na posse do bem, poderá obter a concessão da liminar possessória, desde que prove a *inexistência da realização de benfeitorias pelo réu*. É que neste caso, não haverá direito de retenção que impeça a concessão da liminar, malgrado tenha sido deferida levando-se em conta os pressupostos de caráter *unicamente objetivos*, previstos no art. 927 do CPC, pois só aferem a *injustiça da posse (o cometimento do esbulho)*, não havendo previsão expressa no dispositivo que ordene ao autor, a comprovação da má-fé do réu. Nesta situação, via-de-regra, “a citação do esbulhador para a ação de reintegração de posse, marca a cessação de sua boa-fé.” (NERY JÚNIOR, 2002, p. 410).

Também não se pode esquecer que, para fins do art. 927, II do CPC, o ato de esbulho deve ser compreendido não só pela prática de um ato violento, clandestino ou precário pois:

Aquele que, pacificamente, ingressa em terreno alheio, sem procurar ocultar a invasão, também pratica esbulho, malgrado a sua conduta não se identifique com nenhum dos três vícios apontados. (ROBERTO GONÇALVES, 2001, p. 14).

Todos estes requisitos para que se conceda a liminar possessória, podem ser comprovados em dois momentos processuais. Através de prova documental acompanhando a petição inicial, de modo que esteja *devidamente instruída*. Se assim for, o juiz deferirá a expedição de mandado liminar de reintegração de posse, *inaudita altera parte*. Segundo Luiz Orione Neto:

Todavia, não é este o caso mais freqüente. Ao contrário, na maioria das vezes, há necessidade de audiência de justificação da posse designada pelo juiz, com a citação do réu para comparecer, na qual se colhem depoimentos capazes de permitir ao juiz a emissão fundamentada do mandado liminar de manutenção ou de reintegração de posse. Neste caso, se deferida a liminar, ela se dará com o conhecimento do réu. (ORIONE NETO, 2002, p. 432).

Tratando-se de antecipação de tutela com fulcro no art. 273, requerida nas ações de força velha, os requisitos a serem preenchidos para o seu deferimento são, além dos constantes no art. 927 do CPC e da prova da posse de má-fé do réu, ou da inexistência de benfeitorias se não se tratar de terceiro, aqueles presentes no mesmo dispositivo, quais sejam: 1) *Pedido da parte* (do autor na verdade, havendo falha legislativa ao fazer constar o termo “parte”); 2) *Prova inequívoca* (portadora de elementos de valor quase absoluto) *que conduza à*

verossimilhança da alegação (num grau de probabilidade máxima, mas não definitiva, da existência do direito); 3) *Fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação*; 4) *Ausência da irreversibilidade fática feita pelo provimento antecipatório*.

Não foi abordado o requisito do *abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu*, (que se alterna com o *fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação*, bastando a presença de um ou outro, aliado aos demais requisitos, para que se conceda a tutela antecipada), pois o tema do presente trabalho lida com a hipótese da concessão da antecipação de tutela *in initio litis* conflitante com o *jus retentionis*, momento processual que ainda não se pode falar em *abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu*, somente se manifestando, via-de-regra, durante o processo.

Tal qual ocorre na *liminar possessória*, os momentos de demonstração dos requisitos para que o juiz conceda a *antecipação da tutela*, podem ser através de prova documental instruindo a petição inicial e, se configurados todos os requisitos o juiz deferirá *inaudita altera parte*, a antecipação de um dos efeitos da sentença de mérito, qual seja, a proteção possessória. Mas, se tal não ocorrer, o que é corriqueiro, pois o fato *posse* geralmente se prova através de testemunhas, o juiz pode designar uma audiência de justificação prévia para formar um melhor convencimento acerca dos fatos, ouvindo as testemunhas do autor e citando o réu para nela comparecer.

No caso da liminar possessória *típica* ser *inaudita altera parte*, para que tal ocorra é necessário que a petição inicial, de acordo com a 1ª parte do art. 928 do CPC, esteja *devidamente instruída*. O CPC, ao mencionar esta expressão, não especificou qual prova que pode tornar a inicial devidamente instruída; se documental, testemunhal ou pericial. O legislador não foi casuístico, podendo se dar através de documentos, fotografias, prova emprestada. Obviamente, não se consideram para efeito de ser *devidamente instruída*, a inicial acompanhada de declarações de terceiros (pacífica a jurisprudência e a doutrina neste sentido), pois são desprovidas do crivo do contraditório e do compromisso de dizer a verdade. Também não estará devidamente instruída a inicial acompanhada tão-somente de documentos comprobatórios do domínio, pois não se estará aferindo

o direito de possuir (*ius possidendi*), mas o fato da posse (*ius possessionis*), para se conceder liminarmente a proteção possessória.

Deve-se frisar mais uma vez que, em face de pessoa jurídica de direito público, não existe *liminar inaudita altera parte*. Ainda que a inicial venha com prova suficiente dos requisitos do art. 927 do CPC (e do art. 273, conforme o caso), o parágrafo único do art. 928 do mesmo diploma impõe a prévia oitiva de seus representantes judiciais antes da decisão acerca da *tutela de urgência*. Só em hipótese excepcionais a jurisprudência, em alguns casos, dada a urgência existente, dispensou esta oitiva prévia.

Questão muito debatida, é se há livre arbítrio, discricionariedade na decisão que aprecia o pedido da *liminar possessória*. A respeito do assunto se manifesta Betina Rizzato Lara, entendendo que:

O art. 927 do CPC, conforme já referimos, apresenta os requisitos que deverão ser plausivelmente demonstrados pelo autor para que tenha direito à antecipação liminar. Todos eles apresentam clareza e objetividade, não existindo em nenhum o mínimo grau de indeterminação. (LARA, 1994, p. 169).

Também Humberto Theodoro Júnior no sentido de não haver discricionariedade, mas direito subjetivo do autor, se presentes e demonstrados os pressupostos, pois:

A lei confere ao possuidor o direito à proteção liminar de sua posse, mas o faz subordinando-o a fatos precisos, como a existência da posse, a moléstia sofrida na posse e a data em que tal tenha ocorrido.

Logo, reunidos os pressupostos da medida, não fica ao alvedrio do juiz deferi-la ou não, o mesmo ocorrendo quando não haja a necessária comprovação. (THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 124).

Note-se, porém, que existem posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais pugnando por haver poder discricionário do juiz na decisão sobre a medida. Mas a doutrina e jurisprudência majoritária caminham no sentido de não haver este poder discricionário, ante a ausência de conceitos jurídicos indeterminados e, nas palavras de Gleydson Kleber Lopes de Oliveira, “*mesmo se estes fossem utilizados, não há que se cogitar de discricionariedade judicial.*” (OLIVEIRA, 2001, p. 62).

A mesma fórmula de raciocínio vale para a antecipação de tutela *atípica*, pois embora o art. 273, “caput” do CPC declare: *O juiz poderá*, trata-se de um

poder-dever, e não uma faculdade do juiz em conceder a tutela antecipada. Presentes os seus requisitos, o juiz deve antecipar a tutela possessória.

Outra questão relevante em torno das *tutelas de urgência* é a possibilidade de sua concessão de ofício pelo juiz. Com relação à liminar *tipicamente possessória*, embora haja posições doutrinárias admitindo esta possibilidade, predomina o entendimento de que deve haver *pedido expresso* do autor nesse sentido.

Dessa forma sendo o esbulho a menos de ano e dia, se autor não requerer a concessão da *liminar*, não tem o juiz o poder de concedê-la. Conforme já explicitado no item 2.1.6., o autor não é obrigado a requerer a liminar. Ele é o dono da ação, sendo ele quem escolhe o rito que quer seguir, e não o juiz.

Admitindo que o juiz possa conceder *ex officio* a liminar, está Betina Rizzato Lara, ao dispor que:

A liminar em ação possessória só cabe se o autor provar que a violência à posse ocorreu dentro do prazo de ano e dia. Se o autor fizer esta prova, não restando dúvidas que o procedimento a ser adotado é o especial, mesmo que não tenha requerido a liminar, o juiz poderá concedê-la de ofício pois ela é inerente a este tipo de procedimento. (LARA, 1994, p. 172).

Esta também é a compreensão apontada por Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

1. Liminar não pedida expressamente na inicial. Se a parte demonstrou na inicial que a posse é de força nova e que o procedimento imprimido é o especial, nada obsta que o juiz conceda a liminar ainda que ela não tenha sido pedida na inicial. O juiz pode concedê-la ex officio, em nome do princípio do impulso oficial (CPC 262). (NERY JÚNIOR, 2003, p. 1.145).

Negando todavia, a decretação de ofício da liminar:

(...). A nosso ver, inexistente a possibilidade de concessão ex officio de liminar em ação possessória, a qual encontra-se no campo dispositivo do autor, face ao disposto no art. 2.º do CPC, que reza: “Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais”. Como a liminar é modalidade de tutela possessória, é ônus do autor requerê-la. (ORIONE NETO, 2002, p. 453-454).

Afigura-se incorreta a tese segundo a qual o juiz pode conceder de ofício a providência liminar, tendo em vista os princípios dispositivo e da inércia da atividade jurisdicional, em consonância com o método sistemático de interpretação, examinando o art. 928 do Código de Processo Civil, em conexão com outros dispositivos do próprio Estatuto (arts. 2º e 128). (OLIVEIRA, 2001, p. 61).

... a segunda condição do provisório é que o possuidor o requeira, pois que intuitivamente não é ato dos em que o juiz procede ‘de ofício’, sendo

árbitro melhor dos seus interesses o próprio interessado. (TITO FULGÊNCIO et al., 1999, apud OLIVEIRA, 2001, p. 61).

... quando o legislador assinala no art. 928 que o juiz deferirá a liminar, sem ouvir o réu, desde que a inicial esteja devidamente instruída, não está em hipótese alguma autorizando o magistrado a conceder a liminar de ofício. (FIGUEIRA JÚNIOR, 1999, p. 354).

Na verdade, uma leitura rápida do “caput” do art. 928 do CPC, aplicando-se a interpretação literal dá a entender que o juiz poderia conceder a liminar de ofício. Mas não é esta a melhor interpretação. Conforme sustentado pela segunda corrente, predomina a necessidade de pedido do autor acerca da liminar. Pedido este que não deve ser entendido como requisito para a concessão da liminar, pois *não se prova pedido, mas somente se pede*. O pedido é uma *condição para, atendidos todos os requisitos, se conceder a liminar*.

Com relação à antecipação de tutela *genérica*, as discussões praticamente não existem, haja vista ser exigência contida no “caput” do art. 273, o *pedido da parte* (do autor, mais precisamente). Destarte, inexistente tutela antecipada concedida de ofício, pois o pedido do autor constitui-se em *pressuposto para concedê-la*.

3.2.4. A audiência de justificação prévia

Não estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz, de acordo com a 2ª parte do art. 928: *“determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada.”* Esta audiência é designada para data próxima; nela o autor deve, através da prova testemunhal, demonstrar a situação fática que reclama imediata proteção, pois:

... tratando-se a posse de uma situação pertencente tão-só ao mundo factual, cujo título de aquisição dispensa qualquer formalização, comumente a prova mais forte que vem à tona não é a documental, mas sim a testemunhal. (FIGUEIRA JÚNIOR, 1999, p. 327).

Segundo a doutrina:

Na prática forense, é comum a designação de audiência de justificação. Diríamos que a justificação é a regra e a liminar inaudita altera parte a exceção. (ORIONE NETO, 2002, p. 440).

A audiência de justificação, em virtude da dificuldade antes mencionada de se fazer prova documental acerca de fatos, acaba sendo a maneira mais comum do juiz verificar o cabimento da liminar.

(...). A cognição continua sendo superficial e incompleta, só que um pouco menos superficial do que aquela realizada somente com a análise dos documentos anexados à petição inicial.

*O que o autor vai demonstrar nesta audiência de justificação ainda é o *fumus boni iuris*, de modo a convencer o juiz a proferir uma medida liminar, urgente e provisória. (LARA, 1994, p. 166).*

O autor não precisa arrolar previamente as testemunhas na petição inicial. O réu deve ser citado para comparecer à audiência de justificação. Para Joel Dias Figueira Júnior (1999, 341), o réu é *intimado* para a audiência de justificação. Se o autor estiver ausente, sem que o seu comparecimento tenha sido determinado expressamente pelo juiz, não há qualquer penalidade processual. Se o réu não comparecer, não há revelia, pois o prazo para resposta flui a partir de sua intimação da decisão acerca da liminar. O juiz deve tentar a conciliação entre as partes, com fulcro no art. 125, IV do CPC. Embora a prova produzida na audiência seja a oral, nada impedirá que o juiz utilize outras provas na busca da verdade real.

Predomina na doutrina e jurisprudência o entendimento de que o juiz pode designar esta justificação prévia ainda que não tenha havido pedido do autor, ou seja, *ex officio*. A leitura que se faz do “*caput*” do art. 928 do CPC sugere esta interpretação. O professor Silvio Capanema de Souza (1994) entende o juiz pode designar a justificação de ofício, pelo Princípio da Verdade Real, pois ele busca no processo a verdade real dos fatos.

Também entendendo que o juiz pode designar esta audiência de ofício:

Se não possível for demonstrá-los na peça vestibular, deverá o juiz aprazar, mesmo que não requerida pelo autor, audiência de justificação prévia, citando, para tanto, em obséquio ao princípio do contraditório sob pena de nulidade, o demandado para comparecer à respectiva audiência, ocasião em que é incumbido de demonstrar os requisitos autorizativos da liminar. (OLIVEIRA, 2001, p. 60) – (grifou-se).

Por outro lado, a realização da audiência de justificação prévia independe de pedido expresso, não ficando ao arbítrio do juiz realizá-la ou não, salvo hipóteses de indeferimento da inicial. Deve determinar sua realização, se não se convencer tão-só pela documentação da inicial. Cuida-se de ato judicial urgente que requer designação para data próxima. (VENOSA, 2003, p. 136).

A audiência de justificação, por ser obrigatória quando a inicial não estiver devidamente instruída, pode ser concedida independentemente de pedido da parte, ou seja, de ofício. (LARA, 1994, p. 167) – (grifou-se).

Contrariamente, dizendo que há necessidade de haver pedido do autor:

Essa designação depende de requerimento, não podendo o juiz determiná-la de ofício. Se o autor não a requerer nem trazer ao juiz

elementos suficientes, nada restará senão indeferir a liminar. (RIOS GONÇALVES, 1999, p. 75).

Parece-nos, no entanto, que não se pode admitir que ele, ex officio, determine a justificação quando não tenha sido requerida sequer nessa forma alternativa. Se o autor só postulou a liminar com base na documentação da inicial, ao juiz não é lícito determinar justificação. (ROBERTO GONÇALVES, 2001, p.49).

É melhor que, por cautela, se formule pedido para designar audiência de justificação. E como pode ser este pedido? De dois modos: 1) O autor entende que as provas documentais trazidas junto com a inicial não são suficientes e, por esta razão ele requer seja designada a justificação. 2) O autor entende como suficientes para se deferir a liminar, as provas documentais juntadas aos autos mas, caso não seja este o entendimento do magistrado, requer a designação da justificação prévia. Em qualquer caso, havendo pedido expresso de designação da audiência, o juiz, se não deferir a liminar de plano, *é obrigado a marcar a audiência*. Ele não pode (salvo hipóteses de indeferimento da inicial), indeferir o pedido de concessão de liminar e passar para a fase seguinte, sem realizar a justificação.

No caso da antecipação de tutela (art. 273 do CPC), não estando esclarecido dos fatos e da prova que segue a inicial, o §3º, 1ª parte, do art. 461 do CPC, faculta ao juiz a designação de audiência de justificação prévia, conforme se pode observar:

Art. 461. (...).

§3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. (grifou-se).

Essa faculdade independe de prévio requerimento do autor. Segundo Nelson Nery Júnior: *“A antecipação pode ser dada inaudita altera parte ou depois de justificação prévia, caso o juiz a entenda necessária.”* (NERY JÚNIOR, 2002, Ad., p. 36).

Ressalte-se porém que: *“A prévia citação ou audiência da parte contrária dependerá da urgência da medida aferível pelo juiz diante das circunstâncias de cada caso.”* (THEODORO JÚNIOR, 2002, p. 335).

Na audiência de justificação prévia (art. 928, “caput”, 2ª parte do CPC), a função do autor é complementar a prova para preencher os pressupostos de concessão da medida liminar. O réu é citado, sob pena de nulidade do ato (RT

462/213, 474/172, 494/157, *apud* LARA, 1994, 168), para nela comparecer. Qual a sua atitude durante a audiência? Qual deve ser o comportamento do réu? Pode vir sozinho ou deve vir acompanhado de advogado? Este pode participar ativamente da audiência? Sobre todas estas indagações, o CPC é omissivo.

Uma interpretação literal do dispositivo retro levaria à conclusão equivocada de que a atitude do réu deve ser passiva. Mas a doutrina e a jurisprudência refutaram esta idéia. Todavia, segundo a maioria da doutrina, o réu não poderá produzir provas, notadamente a oitiva de testemunhas. Mas nada impede que o juiz possa, a seu critério, ouvi-lo, e por liberalidade, ouvir suas testemunhas como testemunhas do juízo, na busca da verdade real.

O que o réu pode certamente fazer é, reinquirir as testemunhas do autor, contraditá-las (se houver o motivo ensejador), e acareá-las. Mas existem decisões mais rigorosas:

O réu é intimado apenas para comparecer à audiência de justificação prévia, não cabendo ao seu advogado direito de inquirir testemunhas. (TJSC – 3ª Câmara, Agr. 1.882, Rel. Dês. Mauro Collaço; Jurisp. Catarinense 34/39 apud OLIVEIRA, 2001, p. 60).

Destarte, a maior parte da doutrina não admite o contraditório na audiência de justificação, pois:

... como a finalidade dessa audiência é permitir ao autor produzir provas bastantes para obter a liminar, a participação do réu é restrita, não lhe sendo dado arrolar testemunhas. (...).

Tem-se admitido que o juiz ouça testemunhas do réu, caso não se sinta suficientemente esclarecido e queira ter maiores elementos para apreciar a liminar. O réu não pode, porém, exigir a audição das testemunhas, cabendo ao juiz fazê-lo se quiser. Isso não ofende o princípio do contraditório, que é diferido. Mais tarde, o réu terá toda a oportunidade de apresentar as suas alegações. (RIOS GONÇALVES, 1999, p. 76).

Carlos Roberto Gonçalves, também seguindo esse entendimento, expõe que:

A finalidade da justificação é unicamente possibilitar ao autor oportunidade para comprovar a existência dos requisitos legais para a obtenção da liminar. É realizada, pois, no exclusivo interesse do autor. As testemunhas a serem ouvidas são, portanto, as por ele arroladas. (...). Nesta fase, o réu não poderá apresentar contestação nem qualquer tipo de defesa, assim como, também, arrolar testemunhas. (ROBERTO GONÇALVES, 2001, p. 49).

Betina Rizzato Lara (1994, 168-169) entende que se o réu pudesse produzir prova na justificação, estaria havendo inversão no processo, entre as fases postulatória e probatória. Ele estaria produzindo prova antes de responder a

ação. Afirma ainda que, se o juiz não se sente convencido diante das provas do autor, deve indeferir a liminar, e não ouvir as testemunhas do réu, que não tem nada a provar.

Luiz Orione Neto esclarece que:

... embora o Código de Processo Civil não tenha sido explícito sobre a atuação do demandado na audiência de justificação prévia prevista no art. 928, o entendimento que prevalece é de que o réu, obviamente, não poderá contestar ou deduzir qualquer tipo de defesa, pois o prazo da contestação somente começará a fluir após a prolação da decisão interlocutória; caso contrário, haveria quebra do princípio insculpido no art. 506 do Código Civil, segundo o qual a reintegração será ordenada “sem ser ouvido o autor do esbulho antes da reintegração”. (ORIONE NETO, 2002, p. 443-444).

Referido autor, em crítica dirigida à decisão da 5ª CC do 1º TACSP (RT 609/98), que entendeu correta a admissão da oitiva obrigatória de testemunhas do réu na audiência de justificação, diz:

*Tal decisão causa perplexidade, pois a atividade probatória do réu é relativa aos fatos por ele alegados, quando é certo que a contestação ainda não pôde ser apresentada. Há conflito com a repartição do ônus da prova estabelecido no art. 333 do CPC. Além disso, as testemunhas do réu tendem a alegar fatos favoráveis a este, o que redundaria em violação do princípio *spoliatus ante omnia restituendus* (o réu seria ouvido ‘por portas travessas’). (ORIONE NETO, 2002, p. 444).*

Para Adroaldo Furtado Fabrício:

*... a audiência de justificação serve à produção *initio litis* da prova de requisitos exigidos a uma das partes, e nesse sentido marca-se pela unilateralidade. Se admitida a parte contrária à produção de sua própria prova testemunhal, ainda nessa fase, o contraditório se instauraria ao nível da produção de provas antes mesmo de se haverem definido, no plano das postulações, os limites da controvérsia. Por outras palavras, estaria o réu provando antes de alegar, o que seria um absurdo, desde que as provas servem a convencer o juiz da veracidade do alegado. (ADROALDO FURTADO FABRÍCIO et al., 1980, *apud* ORIONE NETO, 2002, p. 444).*

Roberto Mattoso Camara Filho (1998, 376) entende que a justificação prévia, por ter índole sumária, exclui o contraditório, no tocante à audição das testemunhas do réu.

Também discordando de uma participação ativa do réu na justificação, está Joel Dias Figueira Júnior (1999, 325), o qual explana que o réu limita-se a acompanhar os trabalhos, facultando-se a ele somente apenas o direito de contraditar as testemunhas do autor, e proceder a reperguntas que versem somente sobre pontos contraditórios ou obscuros dos depoimentos prestados.

E assinala o autor retro, a respeito do art. 928 do CPC que:

A interpretação extensiva do mencionado artigo parece-nos temerosa, à medida que a antecipação intempestiva importa em violação das formas previamente estabelecidas para este tipo de lide, tão cara em suas particularidades, afrontando, por conseguinte, o princípio do devido processo legal, em face da inversão da ordem processual, em prejuízo dos interesses do autor.

(...).

Assim sendo, parece-nos não restar a menor dúvida de que a amplitude desse espectro de manifestação do réu na fase de justificação, inclusive com a admissibilidade de ouvida de suas testemunhas, importa em incontestável prejuízo da tese levantada pelo autor, com inversão do contraditório, resultando em nulidade processual. (FIGUEIRA JÚNIOR, 1999, p. 326, 327 e 328).

Em crítica (1999, 341) à posição adotada por Antônio Carlos Marcato (que defende a observância do contraditório na audiência de justificação), o autor retro anota que o réu não se encontra totalmente integrado à relação processual, uma vez que foi *intimado* e não citado, pois a efetiva citação do réu, que irá integrá-lo ra relação jurídica processual, acontece na fase subsequente à decisão acerca da liminar (art. 930, “*caput*” do CPC), quando então poderá apresentar resposta.

E não vê como a justificação, diante da participação das testemunhas do réu, não se transforme em audiência de instrução e julgamento, vez que os elementos que formam a convicção do magistrado são de mérito (art. 927). Dessa forma, ele anota que:

Não obstante esses entendimentos divergentes, com a devida vênia, inexistente afronta ao princípio do contraditório, porquanto a concessão da liminar decorre da própria natureza da relação fática posta sub examine. (FIGUEIRA JÚNIOR, 1999, p. 342).

Até então foram vistos todos os argumentos que sustentam a impossibilidade de haver o contraditório na audiência de justificação prévia, notadamente pela oitiva de testemunhas indicadas pelo próprio réu. Não obstante serem tais argumentos, muito fortes, contudo, não parece *data venia*, ser a melhor orientação. E este trabalho o dirá, pelas seguintes razões:

Para Sidney Agostinho Beneti, a liminar:

... sob a ótica do juiz, representa um jogo de antevisão. O juiz tem de antever sabendo de todos os riscos que não estão expostos. Liminar é medida de prudência. Mas a prudência não deve ser confundida com omissão da liminar. A prudência às vezes implica determinar audiência de justificação de posse. (SIDNEY AGOSTINHO BENETI et al, s/d, apud MENDES PEREIRA, 1999, p. 80).

E um dos riscos que não está exposto é a possibilidade da liminar concedida prejudicar o direito de retenção do réu, porventura existente. Isto

porque, na forma a qual estão postos os requisitos para obtenção da *liminar possessória*, se forem observados somente os requisitos do art. 927 do CPC, mesmo em sede de justificação prévia, o direito de retenção do réu ficará inviabilizado.

Por esta razão, se não aferido num primeiro momento pelo juiz, quando da análise da inicial, ele deve designar audiência de justificação a fim de que o autor prove, além dos requisitos do art. 927 do CPC, a má-fé do esbulhador. Se não puder prová-la, deve demonstrar que não se trata de terceiro alheio à situação, mas do próprio esbulhador, e que este não realizou benfeitorias na coisa. Dessa forma elidirá qualquer exame do direito de retenção, que impeça a concessão da liminar.

Mas esta, se concedida ignorando-se o preenchimento destes últimos pressupostos, não se revogará facilmente e, até que sobrevenha revogação, será *muito tarde* para se sustentar o direito de retenção, ficando este inutilizado.

E porque então, de apoiar-se o contraditório na audiência de justificação, através da inquirição de testemunhas arroladas pelo réu? É que estas podem, com seu depoimento, infirmar (dizendo a verdade, é claro) as alegações do autor e contradizer o depoimento das testemunhas deste.

Ressalte-se que de nada adiantará para o réu contestar o não-cabimento da liminar em sua resposta, pois a revogação da liminar pelo juiz, só ocorre via-de-regra, no juízo de retratação do agravo de instrumento, ou na sentença. Se não se admitir a oitiva de suas testemunhas na justificação, não terá ele material suficiente para, em sede de agravo de instrumento, obter a revogação da liminar.

Confirmando a importância desta audiência, no tocante à prova testemunhal, está Silvio de Salvo Venosa elucidando que:

Tendo em vista as conseqüências da liminar, na maioria das vezes, se mostra imperiosa a realização de audiência de justificação. Sempre existirão riscos de iniquidade, se com aqodamento é deferida de plano, sem citação do réu, como manda a lei, a reintegração ou manutenção liminar. De outro lado, na audiência de justificação, com a presença do réu citado para tal, poderá o juiz não somente obter a conciliação, como também decidir com base em prova mais palpável, colhendo diretamente os testemunhos acerca do conflito possessório. O conteúdo da audiência prévia também é material importante para a decisão em segundo grau, no agravo de instrumento contra a decisão que defere ou indefere a medida, ou de eventual mandado de segurança para obtenção de efeito suspensivo excepcional a esse recurso (...). (VENOSA, 2003, p. 136).

Malgrado a maioria dos doutrinadores não concordar com a admissão do contraditório na audiência de justificação prévia, percebe-se, na doutrina e na jurisprudência, sensíveis inclinações tendentes à sua admissão. Destarte, tem-se admitido a oitiva de testemunha do réu, desde que o juiz permita:

POSSESSÓRIA – Justificação prévia – Testemunhas indicadas pelo réu – Faculdade do juiz em ouvi-las (...).

Em justificação prévia em ação possessória, faculta-se ao juiz, que não se considere devidamente esclarecido para conceder ou não medida liminar, determinar audição de testemunhas eventualmente indicadas também pelo requerido; mas este não tem direito de exigir audição de tal. (RT 499/105) – (grifou-se).

POSSESSÓRIA – Liminar – Provas pelo réu – Oferecimento inoportuno – Aplicação do art. 930 do CPC.

*Ementa oficial: Ação possessória. Agravo de Instrumento. Decisão que concede liminarmente a reintegração de posse. Documentos juntados com petição no dia da audiência de justificação. A audiência de justificação de posse, como o próprio nome está a indicar, é destinada, exclusivamente, àquele fim, não podendo a parte contrária produzir contraprova ou reinquirir testemunhas, salvo se o juiz, por mera liberalidade, o permitir, haja vista que o momento apropriado para que o réu apresente sua defesa e as provas que tiver é o previsto no art. 930 e seu parágrafo único do CPC. (TJMT – AI 2.713 – Diamantino – 2.^a C. – J. 26-4-83 – rel. Des. Ernani Vieira de Souza – v. u. *apud* RT 586/208) – (grifou-se).*

Também na justificação pode ser exercido o poder inquisitorial, o qual diz respeito ao poder do juiz de buscar determinada prova, além daquelas que as partes, no uso do princípio dispositivo, já apresentaram, ao decidir o juiz ouvir testemunha arrolada pelo réu. (CAMARA FILHO, 1998, p. 376).

Quanto à oitiva do réu: ... *excepcionalmente, poderia ser de certa valia para melhor esclarecimento da situação fática.* (JOÃO BAPTISTA MONTEIRO *apud* LARA, 1994, p. 169). Referida autora (1994, 169) diz ainda, que o réu não estaria produzindo prova, mas dando a sua versão acerca dos fatos, cabendo ao juiz dar o devido valor a este depoimento.

Outro autor, Antônio José de Souza Levenhagem (1996, 57), pela leitura que se faz de sua obra, dá a entender que a audiência de justificação prévia deve ser realizada nos moldes do procedimento estabelecido para a justificação situada no processo cautelar (arts 861 a 866 do CPC). Conclui-se dessa forma, porque ele ilustra que, se o autor juntar documentos junto com a inicial, o réu deve, conforme disposto no art. 864 do CPC, ter vista dos autos por 24 horas para se pronunciar acerca deles (1996, 57). Há também, julgados permitindo a juntada de documentos pelo réu de modo a infirmar as declarações e a credibilidade das testemunhas do autor (RT, 419:116 *apud* ROBERTO GONÇALVES, 2001, p. 49).

Vislumbra-se dessa forma, uma nítida tendência doutrinária e jurisprudencial tendente a admitir uma participação mais ativa do réu na audiência de justificação, em observância ao princípio do contraditório.

Ademais, foi dito em defesa de sua não-admissão na justificação prévia, que esta é realizada no exclusivo interesse do autor, razão pela qual só este poderá produzir provas. Será mesmo que esta audiência só é feita no interesse do autor? E por qual razão o réu é citado, *sob pena de nulidade (segundo farta jurisprudência)*, para nela comparecer? Não teria ele nenhum interesse em participar da audiência?

Também foi dito, por Luiz Orione Neto (2002, 441-442), que o réu não poderá, na audiência de justificação, deduzir qualquer tipo de defesa pois, do contrário estaria havendo a quebra do princípio constante do art. 506 do CC de 1916, segundo o qual, em caso de reintegração, esta será ordenada sem ouvir o autor do esbulho antes da reintegração. Ocorre que o referido dispositivo, com a entrada em vigor da Lei 10.406/02 (o atual Código Civil), não foi nela reproduzido, razão pela qual o argumento acima não pode mais subsistir. Também não pode vigorar, a afirmação de que as testemunhas do réu tendem a alegar fatos a ele favoráveis. Como se sabe, elas têm o dever de dizer a verdade. Até porque tal assertiva parece ignorar que as testemunhas do autor também produzem prova a seu favor.

Na realidade, quando se sustenta a admissão do contraditório da audiência de justificação, não se está sustentando um absurdo. Têm-se fundamentos para isto. Silvio de Salvo Venosa, por exemplo, afirma que:

Sem subverter a finalidade dessa audiência prévia, quer parecer que a presença obrigatória do réu nessa audiência lhe permite produzir provas, requerendo inclusive o depoimento do autor, embora ainda não possa apresentar contestação, em obediência à garantia constitucional da ampla defesa, descrita na Constituição Federal (art. 5º, LV). (VENOSA, 2003, p. 137) – (grifou-se).

Antônio Carlos Marcato também pugnava pela inadmissão da produção de prova testemunhal pelo réu na justificação, mas mudou seu entendimento, conforme se observa:

Nas edições anteriores sustentávamos que ao réu não é deferido o direito de produzir prova testemunhal nessa audiência.

(...).

Curvamo-nos, todavia, à orientação prevalecente em sede jurisprudencial, e o fazemos por uma única (e mais que suficiente) razão: é que na fase de realização da audiência o réu já se encontra totalmente integrado ao processo, devendo ser irrestritamente observada, também em relação à ele, a garantia constitucional do contraditório.

Deve o juiz presidente da audiência inquirir as testemunhas apresentadas pelo réu, tomando o cuidado, no entanto, de evitar que ela se transforme em verdadeira audiência de instrução e julgamento, cingindo-se ao seu único e exclusivo fim: a obtenção de elementos de convicção que permitam a concessão da medida liminar reclamada pelo autor. (MARCATO, 1999. p. 122-123) – (grifou-se).

Vale ressaltar, que a integração do demandado ao processo tanto se dá que, presente em audiência e intimado da decisão sobre a liminar, a partir daí começa a fluir o prazo para a resposta. Na justificação feita observando-se o contraditório, não haverá risco de se transmudar em audiência de instrução e julgamento se o juiz imprimir apenas uma cognição sumária na apreciação das provas.

Também há julgados na jurisprudência dizendo que o juiz deve ouvir as testemunhas apresentadas pelo réu; deve observar o contraditório (JTASP 106/35, TJMS, RJTMS 10/24, e RT 609/98). Neste último, merecem destaques os votos vencedores dos juízes Carlos de Carvalho (Relator) e Laerte Nordi. No primeiro deles assinala o juiz relator que:

Embora não tenha sido explícito o Código sobre a atuação do demandado, na audiência reportada, o entendimento de que não poderá arrolar testemunhas, implica em colocá-lo em situação de inércia e passividade incompatível com a situação de desassossego e irreparável prejuízo que lhe poderá advir da concessão da liminar, dada a possível e grave repercussão de ordem econômica e social da medida. (AI 349.930 – 5.ª C. – j. 19.2.86 – rel. Juiz Carlos de Carvalho apud RT 609/98).

Sendo assim, havendo prejuízo iminente para o réu, não se pode entender como da natureza da relação possessória, a concessão da medida sem a existência do contraditório. Em seguida, diz o MM juiz relator:

A justificação prévia, nas demandas possessórias, constitui verdadeira fase preliminar da instrução que, no dizer de Ernane Fidélis dos Santos, não se resume em simples colheita de provas, visto não se limitar a decisão judicial à observância das formalidades legais, ‘mas penetra no mérito da prova e julga ou não procedente a justificação, em verdadeiro procedimento de cognição sumária’ (...).

Se assim é, não se compreende o impedimento que se quer impor, nesse sentido.

(...).

... não está o réu impedido de exhibir contraprova, já que a lei processual não contém nenhuma proibição a respeito. (AI 349.930 – 5.ª C. – j. 19.2.86 – rel. Juiz Carlos de Carvalho apud RT 609/98) – (grifou-se).

E em relação à exposição de Adroaldo Furtado Fabrício, que entende que o réu estaria provando antes de alegar, se ouvidas as suas testemunhas, responde o juiz Carlos de Carvalho:

Com o devido respeito, tal não se dá. É que a audiência preliminar em causa, tem por escopo, embora possa, posteriormente, embasar convicção final do mérito, tão-somente a obtenção de provisória reintegração ou manutenção de posse, desvinculada, de momento, à possível fixação dos limites do contraditório.

A parte citada, pelo fato de arrolar testemunhas, não vai provar, antes de alegar, mas, tão-só, levar, também, ao julgador elementos de convicção a nortear a prolação de uma decisão, possivelmente, de graves repercussões. (AI 349.930 – 5.^a C. – j. 19.2.86 – rel. Juiz Carlos de Carvalho apud RT 609/98) – (grifou-se).

Frise-se que esta 1ª fase do procedimento interdital é, sem dúvida, a fase mais importante de todo o procedimento, pois poderá repercutir em muito na esfera patrimonial das partes. Conforme aponta o ilustre juiz relator, a justificação não serve para fixar os limites do contraditório que influirá no mérito da lide, mas para que o juiz obtenha elementos de convicção aptos a embasarem sua decisão acerca da reintegração liminar, podendo também o réu fornecer a ele estes elementos. Continua o referido juiz:

O que não se afigura razoável, data venia, é a concessão da liminar, com base na prova exclusiva do autor, e a sua posterior (sabe-se lá quanto tempo depois) revogação, diante da formação plena de todo o quadro probatório, favorável ao réu.

Demais disto, se a este, dado o caráter dúplice da ação possessória, se faculta o pedido de proteção possessória e a indenização pelos prejuízos resultantes da turbação ou do esbulho cometido pelo réu (art. 922 do CPC), não se vê porque não permitir àquele (réu), na justificação, possa arrolar testemunhas, também.

Essa não possibilidade implicaria em obrigá-lo a ajuizar ação de manutenção de posse, a ser reunida, evidentemente, a reintegratória, de sorte a fazer ouvir testemunhas, quando da justificação. (AI 349.930 – 5.^a C. – j. 19.2.86 – rel. Juiz Carlos de Carvalho apud RT 609/98) – (grifou-se).

Não é razoável que só o autor produza prova, quando se verifica posteriormente que as provas do requerido o conduzem para o êxito na demanda, tendo sido, contudo, prejudicado com a concessão da medida, (por exemplo, com a ignorância de seu direito de retenção), pelo simples fatos de não terem sido ouvidas suas testemunhas. Nestas hipóteses, a revogação tardia da liminar (se houver revogação), de nada adiantará, face ao prejuízo experimentado pelo réu. Ademais, note-se que, também devido ao caráter dúplice das possessórias, é dado ao réu arrolar testemunhas na justificação. Do contrário, chegar-se-ia ao

absurdo de obrigá-lo a ajuizar paralelamente ação de manutenção de posse, a fim de ser reunida à reintegração, por conexão, e assim, suas testemunhas seriam ouvidas. No outro voto vencedor, o juiz Laerte Nordi esclarece:

Na verdade, se os documentos e alegações da inicial não comportarem o deferimento liminar, a prova a ser produzida na justificação assume especial relevo, parecendo arriscado e injusto não se admitir a contraprova do réu, que, com testemunhas ou documentos, pode abalar a convicção do julgador e evitar uma liminar mal concedida, com grave repercussão na esfera de interesses das partes.

O argumento usado por doutrinadores, de que a oitiva de testemunhas do réu permitir-lhe-ia provar antes de alegar (...), não convence, uma vez que a contraprova estará sempre restrita à posse alegada pelo autor e nada mais.

Nessa fase preliminar, de cognição sumária, os mais apegados à literalidade da lei têm admitido a produção de prova documental, se os documentos oferecidos são relevantes para questionar a alegada posse; se assim é, não encontro motivo forte para distinguir essa prova da testemunhal, valendo repetir a importância de se observar a regra do art. 130 do CPC. (AI 349.930 – 5.^a C. – j. 19.2.86 – rel. Juiz Carlos de Carvalho apud RT 609/98) – (grifou-se).

Com acerto explanou o mencionado juiz, uma vez que, se a liminar não pôde ser deferida de plano, é porque comporta dúvidas, que podem ser esclarecidas através das testemunhas, inclusive do réu, para assegurar uma decisão mais correta. A contraprova do réu limita-se a questionar a posse do autor, de modo a negar-lhe as afirmações. E se alguns admitem a juntada de documentos pelo réu, não há porque se proibir a oitiva de suas testemunhas. Mas prossegue o juiz retro:

Impressiona, isto sim, a possibilidade de se transformar uma fase sumária, de convencimento provisório, em uma audiência com contraditório completo; tal inconveniente, longe de configurar uma dificuldade, representa uma vantagem e a garantia do juiz no deferimento da medida liminar.

Pior será se, cerceado o direito à contraprova, o juiz, mais tarde, diante dela, na instrução, se vencer das alegações do réu e do fato, a esta altura irreversível, da injustiça no deferimento da liminar e da irreparabilidade do prejuízo causado. (AI 349.930 – 5.^a C. – j. 19.2.86 – rel. Juiz Carlos de Carvalho apud RT 609/98) – (grifou-se).

Com a formação do contraditório, permite-se que o juiz decida com segurança, sem receio de cometer injustiças. Neste último trecho, denota-se a hipótese que se encaixaria perfeitamente no caso de o réu ser titular do *jus retentionis*, mas não pôde apresentar testemunhas, tendo sido deferida a liminar em face dele que, sem base testemunhal não logrou sucesso em sede de agravo de instrumento; o seu prejuízo foi a perda do direito de retenção, restando apenas pleitear o direito de indenização, isto é, se o autor possuir bens...

Destarte, percebe-se o quanto é importante a observância do contraditório na justificação, não se cogitando, face às razões apontadas, de *violação ao princípio do devido processo legal*, nem acarretando *nulidade processual*, a sua admissão. Pelo contrário: na sua não observância é que se estará violando o princípio retro e, por conseguinte, gerando nulidade processual *absoluta*.

Tratando-se de ação de força velha, não se vê razão para que, pelas mesmas razões ora elencadas, não se observe o contraditório na justificação prévia, pois conforme estabelecido no art. 461, §3º do CPC, o réu também deve, ser obrigatoriamente citado. Aliás, com muito mais razão ele deve ser observado também neste caso pois, se na ação de força nova, a justificação se origina em face da dúvida acerca da presença dos requisitos para a liminar, no caso da antecipação de tutela, a dúvida terá muito maior amplitude, tendo em vista que os requisitos são, além dos presentes no art. 927 do CPC, os constantes do art. 273 do mesmo estatuto.

Mesmo diante da revogação a qualquer tempo (art. 273, §4º), que torna a duração desta medida mais flexível que a *liminar possessória*, não se pode acreditar que a simples contestação, com mera prova documental, tenha força de fazer o juiz voltar atrás em sua decisão; ainda mais quando se sabe que os elementos do direito de retenção como posse e boa-fé não são daqueles que se provam pela juntada de documentos. Assim sendo, a tutela antecipada se torna irreversível e de difícil revogação, tal como ocorre com a *liminar típica*.

3.2.4.1. Princípios do processo civil, aplicáveis à audiência de justificação

Os princípios a seguir delineados devem ser aplicados à audiência de justificação, na medida em que fundamentam a observação do contraditório neste complexo ato processual (tanto em sede de *liminar possessória*, como em *antecipação de tutela*).

Assim, pelo *princípio do devido processo legal*, sua aplicação não se limita na observância das leis aos casos em juízo, mas abrange a garantias

fundamentais como o *acesso à justiça* (art. 5º, XXXV da CF), o *contraditório* e a *ampla defesa* (art. 5º, LV da CF). Conforme ensina Humberto Theodoro Júnior:

É no conjunto dessas normas do direito processual que se consagram os princípios informativos que inspiram o processo moderno e que propiciam às partes a plena defesa de seus interesses e ao juiz os instrumentos necessários para a busca da verdade real, sem lesão dos direitos individuais dos litigantes. (THEODORO JÚNIOR, 2002, p. 22-23).

Hodiernamente, o processo legal é aquele que é justo. Para que o processo seja justo, mister se faz que as partes possam deduzir plenamente a defesa dos seus interesses. Sendo assim, a audiência das testemunhas do réu na justificação permite que o juiz tenha em mãos, instrumentos que o auxiliem na busca da verdade real, com o menor risco de lesão aos direitos das partes. Conclui-se então, que a garantia do contraditório na justificação obedece ao princípio do devido processo legal.

O princípio do *contraditório* e da *ampla defesa*, decorre da igualdade processual que deve ser dada às partes. Deve-se ouvir a parte sobre a qual se proferirá uma decisão, permitindo-lhe o direito de defesa durante todo o processo. É *absoluto*, devendo existir em todo processo, sob pena de nulidade. Conforme a doutrina:

Decorrem três conseqüências básicas desse princípio:

- a) *a sentença só afeta as pessoas que foram parte no processo, ou seus sucessores;*
- b) *só há relação processual completa após regular citação do demandado;*
- c) *toda decisão só é proferida depois de ouvidas ambas as partes.*

(...). E, por isso, nega-se o princípio e comete-se cerceamento de defesa quando se assegura a audiência da parte adversária, mas não se lhe faculta a contraprova. (THEODORO JÚNIOR, 2002, p.24).

Mas às vezes, este princípio dá lugar a medidas de urgência que, se não diferido o contraditório, não se conseguiria chegar à efetividade do processo e ao pleno acesso a justiça. Não se deve olvidar porém que:

As liminares, todavia, não podem ser utilizadas senão em casos excepcionais, de verdadeira urgência, e não podem se transformar numa completa e definitiva eliminação da garantia do contraditório e ampla defesa. Assim é que, tão logo se cumpra a medida de urgência, haverá de ser propiciada à parte contrária a possibilidade de defender-se e de rever e, se for o caso, de reverter a providência liminar. (THEODORO JÚNIOR, 2002, p. 25).

O princípio do contraditório e da ampla defesa se mostra imperioso na audiência de justificação, havendo doutrina (MARCATO, 1999, p. 123; VENOSA,

2003, p. 137) e jurisprudência (JTASP 106/35; TJMS, RJTMS 10/24; RT 609/98) favoráveis a sua observância.

Mas ainda que não acatado o princípio retro, há o princípio do *ativismo judicial* (ou princípio *inquisitivo*), onde o juiz tem o poder de ouvir as testemunhas apresentadas pelo réu na audiência prévia. Segundo a doutrina:

Caracteriza-se o princípio inquisitivo pela liberdade da iniciativa conferida ao juiz, tanto na instauração da relação processual como no seu desenvolvimento. Por todos os meios a seu alcance, o julgador procura descobrir a verdade real, independentemente de iniciativa ou a colaboração das partes.

(...).

Além do interesse da parte, em jogo na lide, há o interesse estatal, em que a lide seja composta de forma justa e segundo as regras de direito.

Eis porque o juiz, no processo moderno, deixou de ser simples árbitro diante do duelo judiciário travado entre os litigantes e assumiu poderes de iniciativa para pesquisar a verdade real e bem instruir a causa. (THEODORO JÚNIOR, 2002, p. 23 e 380).

A jurisprudência (RT 499/105, RT 586/208) ratifica este poder do juiz em ouvir as testemunhas pelo réu indicadas, quando da justificação prévia.

O último princípio aplicável à justificação, no tocante à primazia do contraditório nesta audiência, é o princípio do *caráter dúplice*, inerente às ações possessórias. Numa ação em que as partes são simultaneamente autor e réu, podendo o réu formular na contestação, pedido de proteção possessória, indenização pelos prejuízos causados e, por simetria, os demais do art. 921, não há razão para proibir-se a utilização de suas testemunhas na audiência de justificação. Conforme bem assinalado no aresto de RT 609/98, entendimento diverso implicaria em obrigá-lo a ajuizar ação de manutenção de posse a fim de, só assim, ouvirem suas testemunhas na justificação, reunidas as ações por conexão.

3.3. Recursos e outros meios de impugnação da decisão liminar

A decisão que defere ou indefere a *liminar típica* (art. 928), ou a *atípica* (art. 273), configura decisão interlocutória, evidentemente. Quando se fala em

recursos e outros meios de impugnação desta decisão, mormente quando a liminar é deferida, mister se faz, antes de qualquer coisa, discorrer um pouco acerca de sua revogação.

No que tange a liminar *típica*, uma corrente minoritária dizia que estas liminares eram irrecorríveis, pois poderiam ser revogadas a qualquer momento, se durante aferição das provas se verificasse o seu não-cabimento. Somente da decisão que denegasse a medida é que caberia recurso. Não logrou acolhida.

Trata-se de decisão agravável, só podendo ser revogada, via-de-regra, no juízo de retratação do agravo. O juiz tem então, dois momentos para apreciar o seu cabimento: 1) *in initio litis*, ou na justificação prévia; 2) no juízo de retratação do agravo. Admitir que o juiz possa negá-la ou revogá-la fora destes parâmetros é incompatível com a estabilidade exigida nas ações possessórias, pois não haveria segurança jurídica se o juiz concedesse e revogasse, deliberadamente, a cada pedido das partes.

O instituto da preclusão “... alcança não só as partes, mas também o juiz” (ANTÔNIO ALBERTO ALVES BARBOSA et al., 1994 , *apud* OLIVEIRA, 2001, p. 64). No que tange às medidas cautelares, o art. 807 do CPC permite sua reforma *ex officio* pelo juiz. Tal não ocorre com as *liminares possessórias* que, dada a natureza satisfativa da medida, sua revogação pelo juiz só se dá, via-de-regra, no juízo de retratação do agravo ou na sentença. Por causa da satisfatividade da medida é que sua revogação é restrita, diferente das medidas de natureza acautelatória.

Tal argumento não serve, no entanto, para a *tutela antecipada*, pois por expressa disposição legal pode ser revogada a qualquer tempo por decisão posterior (art. 273, §4º). Nesse caso, deve se reportar ao art. 471 do CPC que estabelece para o juiz a preclusão das questões dispositivas. As de ordem pública não são alcançadas pela preclusão. Contudo, ante a evidência de *atos novos*, ao revogar a liminar o juiz não está alterando a decisão anterior mas proferindo nova decisão. Ilustrando:

Se no curso do processo, ao julgar incidente de falsidade, por exemplo, o juiz verificar que as provas nas quais se baseou para apreciar o pedido de liminar eram falsas e que a manutenção da liminar atenta contra a Justiça que o caso requer, poderá, ex officio, rever o que decidiu porque é seu dever prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça (art. 125, III, do CPC). – (MENDES PEREIRA, 1999, p. 81).

A jurisprudência tem admitido a revogação, em se verificando a ocorrência de fatos novos (RT 595/165, 572/136, 561/140, 515/96). Saliente-se também, o escólio de Luiz Orione Neto:

Anote-se que a preclusão temporal que se pode considerar, ante a ausência de recurso de agravo de instrumento contra a decisão concessiva da proteção provisória, é apenas relativa aos fatos discutidos e provados até o momento de sua concessão. Cabe lembrar que, até então, sequer houve contestação ao feito. Desse modo, desde que seja feita prova da ilegalidade da medida decretada in limine litis, em face de fatos novos trazidos ao conhecimento do juiz, não há óbice legal ao reexame da questão. (ORIONE NETO, 2002, p. 452) – (grifou-se).

Um exemplo de fato novo é a averiguação da existência do *jus retentionis*. Alegado na contestação e acompanhado de prova documental idônea, não se vê impedimento para que não se revogue a liminar concedida. Até mesmo em sede de *tutela antecipada* (art. 273, §4º). Pois o direito de retenção, ao ver desta obra, constitui-se num *fato impeditivo do direito do autor*, em obter a proteção possessória liminarmente, enquanto não indenizar o possuidor de boa-fé. A grande dificuldade é que o *jus retentionis* diz respeito ao mérito da lide, e não é daqueles direitos em que a prova documental, anexa à contestação, é suficiente para sua demonstração.

3.3.1. Da decisão denegatória

O recurso cabível das decisões interlocutórias é o agravo (art. 522 do CPC). Tratando-se de liminar possessória *específica* (art. 928) ou *genérica* (art. 273), tenha sido concedida *in limine litis*, ou após justificação prévia, o agravo será sempre de instrumento. O agravo retido não pode ser usado porque o seu julgamento só se fará em caso de futura apelação. Falta *interesse em recorrer* no uso desta modalidade de agravo.

Denegada a liminar, o agravante pode requerer ao relator o *efeito ativo* ao agravo, de modo que o magistrado de 2ª instância, conceda o que o juiz de 1º grau não concedeu. Segundo a doutrina:

O agravante pode pedir ao relator a concessão da medida, nos termos do CPC 273, 527 III e 558. (...). Pode, também, impetrar MS contra ato judicial, para obter a medida denegada pelo juízo a quo. (NERY JÚNIOR, 2003, p. 1145).

Conforme ensina o ilustre doutrinador, também cabe mandado de segurança da decisão denegatória da liminar. É um meio de impugnar a decisão, quando esta for ilegal e afrontar direito líquido e certo do impetrante. No que concerne ao agravo, há uma orientação jurisprudencial no sentido de delimitar o campo de atuação dos fundamentos do recurso, pois: *Somente se reforma a concessão ou indeferimento de liminar se teratológica, contrária à lei ou à evidente prova dos autos.* (TJRJ 58 apud NERY JUNIOR, 2003, p. 1145).

3.3.2. Da decisão concessiva, conflitante com o *jus retentionis*

Mas pode ocorrer que o possuidor de boa-fé que realizou benfeitorias no bem (portanto, titular do *jus retentionis*) se veja prejudicado com a concessão da liminar. É o que anota Marcus Vinicius Rios Gonçalves.

Segundo ele: *“Grande dificuldade poderá surgir se for concedida a liminar, porque possivelmente o mandado será cumprido antes que o réu tenha podido invocar o direito de retenção.”* (RIOS GONÇALVES, 1999, p.79). Como solução imediata, propõe que: *“Em casos assim, ele deve interpor agravo de instrumento, solicitando a concessão de efeito suspensivo, para evitar perigo irreparável, qual seja, a perda do direito de retenção.”* (RIOS GONÇALVES, 1999, p.79).

E mais; segundo o autor retro:

A nova redação do art. 558 do Código de Processo Civil torna despicienda a impetração de mandado de segurança para atribuir efeito suspensivo ao agravo, bastando ao agravante demonstrar o perigo de lesão grave ou de difícil reparação e a relevância da fundamentação. (RIOS GONÇAVES, 1999, p. 77).

Tal entendimento doutrinário está correto, e se estende também, para os casos de tutela antecipada (art. 273). Para exemplificar tem-se o seguinte julgado, que em seu relatório se vislumbra:

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por D. R. R. contra a r. decisão reproduzida a fls. 153/154, que, nos autos de reintegração de posse que lhe move Y. M. B., que concedeu a liminar pleiteada.

Insurge-se a recorrente contra tal determinação, aduzindo, de um lado, sua permanência no imóvel por mais de ano e dia e, de outro, o direito de retenção decorrente da construção que, de boa-fé, realizou no bem.

Deferido o efeito suspensivo a fls. 160.

Recurso bem processado e respondido.

É o relatório. (1º Tacivil – 11ª Câmara; AI nº 1.082.489-4-SP; Rel. Juiz Melo Colombi; j. 16/5/2002; v.u.) – (grifou-se).

No julgado acima, percebe-se que a defesa encontrada para pleitear a revogação da liminar foi tanto a *posse velha* do agravante no imóvel, como o *direito de retenção*. Daí concluir-se tão-somente pela análise do relatório deste julgado que, se o esbulho é a mais de ano e dia, o autor não tem direito à reintegração liminar, e de igual modo, se há direito de retenção, ele (o autor) também não tem este direito (à liminar). Mas, há de se ressaltar a dificuldade do agravante (réu) em demonstrar a existência do *jus retentionis* em sede deste recurso. Pois este direito não é produzido somente por prova documental.

Dessa forma, deve o agravante, tendo havido a justificação prévia, se nela não se observou o contraditório, requerer a anulação do feito até o ato da audiência. Subsidiariamente, se não ficou configurada a posse de má-fé do requerido, e verificada documentalmente, a existência de benfeitorias necessárias ou úteis, deve requerer a reforma da decisão ante a existência do direito de retenção. Se a medida liminar foi deferida *inaudita altera parte*, deve o agravante requerer sua a reforma, não tendo sido demonstrada na inicial a posse de má-fé do requerido, e havendo prova documental da existência de benfeitorias.

Há uma doutrina (ROBERTO GONÇALVES, 2001, 54), que entende ser possível a oposição de *embargos de retenção* ante a concessão da liminar. O fundamento é que estes embargos, no fundo são embargos de terceiro, tratando-se de nova lide com partes em situação diversa da versada no processo de execução. Destarte, fundado nisto, os tribunais já admitiram embargos de retenção opostos contra a sentença de ação possessória (RT, 479:161 e 507:102 *apud* ROBERTO GONÇALVES, 2001, p. 54). Conclui então, o doutrinador retro citado:

Nesse caso, não se pode negar também a possibilidade de serem opostos na execução da decisão concessiva de medida liminar, que nada mais é do que uma antecipação da reintegração a ser concedida na sentença. (ROBERTO GONÇALVES, 2001, p. 54).

Data venia ao raciocínio colocado, dele se discorda, pois a sentença nas ações possessórias tem natureza executiva *lato sensu*, devendo o réu, se possuidor de boa-fé, postular seu direito de retenção por ocasião da resposta, sob

pena de preclusão. Os embargos de retenção, por serem inerentes à execução, têm o efeito de suspendê-la quando opostos. Mas em sede de ações executivas *lato sensu* (como as possessórias), a execução se dá mediante a simples expedição de mandado, tanto na reintegração liminar, como na sentença.

Se fosse permitida ao réu a oposição de embargos de retenção contra a decisão concessiva da liminar, com efeito de suspendê-la, isto daria margem à embargos protelatórios, utilizados de má-fé, privando o autor da ação, do *pleno acesso à justiça*, e bloqueando a efetividade de processo.

Outra questão intrincada na doutrina e na jurisprudência é a possibilidade de se impetrar mandado de segurança contra a decisão concessiva da liminar. Como se sabe, o *writ* é remédio constitucional, previsto no art. 5º, LXIX da Carta Magna. A Lei 1.533/51, em seu art. 5º, II, bem como a súmula 267 do Supremo Tribunal Federal vedavam a utilização desta ação de impugnação, para os atos judiciais passíveis de recurso. Entretanto, como o recurso de agravo de instrumento não era dotado de efeito suspensivo, permitia-se a impetração do *writ* para *sustar os efeitos da decisão até o julgamento do recurso* (o que equivalia ao efeito suspensivo).

Todavia, foi editada a Lei 9.139/95 que alterou a redação do art. 558 do CPC (conferindo a possibilidade do agravo de instrumento ter efeito suspensivo), voltando a interpretação do art. 5º, II da Lei 1.533/51 e a súmula 267 do Supremo Tribunal Federal a terem plena eficácia. Logo, a impetração de mandado de segurança contra a concessão de liminar não foi banida do sistema jurídico, mas restringida a hipóteses excepcionais. Segundo Joel Dias Figueira Júnior (1999, 423), é admitido, teoricamente, para corrigir o ato judicial ilegal ou praticado com abuso de poder, ou havendo perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, podendo ser utilizado contra decisão do relator ou colegiado que denega o efeito suspensivo pleiteado no agravo de instrumento. Porém, há a súmula 121 do antigo Tribunal Federal de Recursos que veda sua utilização contra os atos jurisdicionais do relator ou presidente de turma.

Na realidade, como não há recurso previsto na lei dessa decisão, o *writ* pode ser manuseado, excepcionalmente. Havendo a fundamentação do *periculum in mora* e receio de dano irreparável ou de difícil reparação, o *mandamus* é utilizado para proteger direito líquido e certo, de ato eivado de manifesta

ilegalidade ou abuso de poder. Ele é cabível porque nenhuma decisão se exime de ser discutida; do contrário estaria sendo afrontado o princípio do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Assim, a regra geral é, contra decisão que defere a liminar (típica ou atípica), o meio de impugnação cabível é o recurso de agravo de instrumento. Excepcionalmente, havendo ilegalidade ou abuso de poder que afronte direito líquido e certo, pode-se utilizar o mandado de segurança. Mas e o direito de retenção? Pode ser tutelado pela via mandamental? Por ser remédio que se vale de prova unicamente documental, o *writ* não serviria para tutelá-lo, pois alguns elementos do *jus retentionis* como posse e boa-fé não são produzidos por este meio de prova. A saída que se apresenta é a mesma encontrada no caso do agravo de instrumento: valer-se das provas dos autos, em que não foi observado o contraditório na justificação, nem demonstrada a posse de má-fé do requerido, e a prova documental da existência de benfeitorias.

Pode ocorrer ainda, que a ação de reintegração de posse tenha sido intentada perante o Juizado Especial Cível, e requerida a antecipação de tutela com fulcro no art. 273 do CPC (possibilidade vislumbrada no item 3.1.). Destarte, tal como ocorrera perante a Justiça Comum, o réu (possuidor de boa-fé), que tenha introduzido benfeitorias úteis ou necessárias no bem, é retirado liminarmente, antes de argüir o *jus retentionis*. Como ele deve proceder, se desta decisão não cabe agravo de instrumento? Pois as decisões dos juizados não são agraváveis.

A única saída encontrada é valer-se do mandado de segurança. E onde deve ser ele impetrado? No colégio recursal local ou no Tribunal de Justiça? A jurisprudência, sobretudo com o endosso do Superior Tribunal de Justiça tem entendido que competentes são as turmas recursais para conhecer do *mandamus*. Há inclusive, o enunciado 62 do Relatório final do XIV Encontro Nacional de Coordenadores de Juizados Especiais, realizado em São Luís – MA, que propala competir exclusivamente às turmas recursais conhecer e julgar os mandados de segurança impetrados em face de atos judiciais de juízes dos juizados especiais.

Porém, a doutrina rebate esta posição com o argumento de que, sendo os juízes dos juizados, juízes de direito e estaduais de 1º grau, conforme

estabelecido no art. 101, §3º, “d” da Lei Complementar 35/79 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional), *a cada uma das seções caberá processar e julgar os mandados de segurança contra ato de juiz de direito*. Seções estas, do Tribunal de Justiça Estadual. E mais: diversos regimentos internos de vários tribunais estaduais (inclusive o de São Paulo), contêm dispositivo semelhante ao da LOMAN. Outro argumento utilizado, é que os colégios recursais, como o próprio nome diz, só apreciam recursos, e o *writ* não é recurso e sim ação. Não há dispositivo na CF ou na Lei 9.099/95 dispondo sobre sua competência para conhecer do *mandamus*. Portanto, a competência para dele conhecer e julgar é do Tribunal de Justiça.

Mas e o direito de retenção? Não há alternativa a não ser impetrar o mandado de segurança no Tribunal de Justiça, demonstrando que o autor não provou *in limine* a posse de má-fé do réu, e que este realizou benfeitorias na coisa, passíveis de se exercer a *solutio retentio*. Mesmo porque o pedido de tutela antecipada ou é deferido de plano, ou é indeferido; não há justificção prévia nos juizados especiais cíveis.

Abordando o possível “conflito” entre a reintegração liminar e o *jus retentionis*, escreve Joel Dias Figueira Júnior:

Nada obstante, haveremos de encontrar uma solução dentro do próprio sistema posto, sob pena de vir o instrumento a se sobrepor ao direito material (direito de retenção por benfeitorias), o que seria ilógico e absurdo.

(...).

Nesses casos, mesmo que o réu seja possuidor de boa-fé e tenha edificado benfeitorias úteis ou necessárias, perderá o direito de retenção que, aliás, tornou-se agora juridicamente impossível (ao menos em princípio), em face de o autor ter recuperado a posse perdida na primeira fase procedimental da ação interdital de força nova, em que propriamente reside a especialidade do rito.

Em outras palavras, inviabilizou-se para o réu o exercício do direito de retenção por benfeitorias, mesmo que alegue tal circunstância na peça contestatória e produza prova robusta durante a instrução do processo, o que será totalmente inócua para os fins colimados. Resta-lhe apenas, nessas hipóteses, o direito à indenização através do ajuizamento de ação ressarcitória autônoma ou o de tentar obter, por intermédio da interposição de recurso de agravo por instrumento, liminar que modifique a decisão de primeiro grau, com a conseqüente revogação da medida concedida em seu desfavor. (FIGUEIRA JÚNIOR, 1999, p. 350-351).

Na realidade, a ação de indenização não irá impugnar a *liminar*, mas fazer com que o réu obtenha a justa indenização a que tem direito, ficando prejudicado porém, o seu direito de retenção. Acrescente-se ao escólio acima que, no caso de

proposição de ação indenizatória, é pertinente um pedido de antecipação de tutela, para que não tarde o devido ressarcimento pelas benfeitorias, pois do contrário estaria havendo um enriquecimento sem causa, ainda que provisório.

Uma outra forma de se obter a “revogação” da liminar é o requerimento de caução pelo réu, disposto no art. 925 do CPC. Foi explicado esse instituto no item 2.1.7. e visto que, se não prestada a caução pelo autor quando determinada pelo juiz, é feito o depósito judicial da coisa, o que equivale à revogação da liminar, ou mesmo, a suspensão de sua eficácia enquanto o autor não a preste.

A doutrina critica em demasia o art. 925, notadamente por entendê-lo inconstitucional, por violar o pleno acesso à justiça e o princípio da igualdade jurídica em favor do poder econômico. Os favoráveis dizem que o autor pode maliciosamente obter a liminar e procrastinar o processo, prejudicando o réu. Ao ver desta obra, na forma como está posto no ordenamento, o dispositivo é inconstitucional. Mas deve ser interpretado de forma a harmonizar-se com a Constituição. Embora, a letra da lei estabeleça somente aqueles três requisitos (ver item 2.1.7.) para a exigência da caução, não pode ser assim compreendido; não pode a inidoneidade financeira prevalecer sobre a “aparência do bom direito”.

Segundo relata Pontes de Miranda:

O juiz não é adstrito a deferir, sempre, o pedido de caução, porque a caução depende de ser duvidosa a sorte da coisa em mãos do mantido ou esbulhado e do êxito da demanda. (PONTES DE MIRANDA et al., 1977, apud FIGUEIRA JÚNIOR, 1999, p. 368-369).

Isto significa que não basta apenas a prova de que o autor carece de idoneidade financeira, mas de pôr em dúvida, desacreditar a liminar concedida; questionar sua concessão e atacá-la, demonstrando que o autor não tinha razão. E mais: as perdas e danos devem consistir em prejuízos prováveis e não incertos e desconhecidos. Interpretando a *razão* do instituto desta maneira, ele será plenamente constitucional.

E para exemplificar um prejuízo certo, tem-se o direito de retenção. O réu foi retirado da posse liminarmente, antes que pudesse invocar o direito de retenção. Ao requerer que o autor preste caução, o réu pode provar que haverá prejuízo *certo* se ela não for prestada, tendo possibilidade de produzir prova testemunhal (a prova por excelência em sede de posse e direito de retenção), em

autos apartados. Se o autor não prestar a caução, não subsiste a liminar. Por via oblíqua, ele está defendendo o seu *jus retentionis*.

3.4. Citação e resposta do réu

Conforme estatuído no art. 930 do CPC:

Art. 930. Concedido ou não o mandado liminar de manutenção ou de reintegração, o autor promoverá, nos 5 (cinco) dias subseqüentes, a citação do réu para contestar a ação.

Parágrafo único. Quando for ordenada a justificação prévia (art. 928), o prazo para contestar contar-se-á da intimação do despacho que deferir ou não a medida liminar.

Havendo ou não o deferimento da reintegração liminar, o autor deve em cinco dias, promover a citação do réu. Esta é a primeira situação. A crítica da doutrina a este dispositivo (art. 930, “*caput*”) é que, no caso da liminar *inaudita altera parte*, depois da efetivação da medida, não se sabe ao certo qual o paradeiro do réu, pois ele foi retirado da posse do bem. Seria melhor se, no cumprimento do mandado de reintegração, o réu já fosse citado para responder à ação.

Outra crítica apontada é que, embora a lei processual mande o autor promover a citação do réu, ela não estabelece a sanção, para o caso de se não cumprir o encargo. A jurisprudência oferece duas soluções neste caso: 1) Aguardar o prazo normal de 30 dias, e se o autor não providenciar a citação, o processo é extinto; 2) A liminar perderia eficácia (posição mais correta, pois coage o autor a promover a citação do requerido).

A segunda hipótese de citação é, estando o réu presente na audiência de justificação, o prazo para responder começa a fluir a partir de sua intimação acerca do deferimento ou não da liminar na audiência. Se a decisão não for dada na audiência, o prazo irá iniciar somente após a intimação do réu. Tendo advogado constituído, a intimação é via imprensa oficial. Não tendo, a intimação é pessoal e o prazo começa a fluir da data da juntada aos autos do mandado de intimação cumprido.

Citado o réu (art. 930 do CPC), este deve apresentar sua resposta em 15 dias. Pode esta consistir em contestação, exceção e reconvenção, (se for deduzido pedido diverso do constante nos arts. 921 e 922 do CPC), embora esta admissão não é pacífica na doutrina.

3.4.1. O caráter dúplice e os pedidos contrapostos

Foi explicado no item 2.1.4. que as ações possessórias possuem natureza dúplice, o que significa que as partes são, ao mesmo tempo, autor e réu. Assim, pode o réu na contestação, demandar a proteção à sua posse, demonstrando que é o autor o cometedor do esbulho, e além disto, pode requerer a indenização pelos prejuízos experimentados. Pode, por simetria, formular todos os pedidos constantes do art. 921 do CPC, sem precisar lançar mão da reconvenção. Todos estes pedidos, são os chamados *pedidos contrapostos*, presentes em todos os procedimentos de natureza dúplice.

Todavia, o réu não poderá requerer a concessão da liminar em seu favor, pois equivale à revogação da liminar concedida ao autor. Ressalte-se que os meios hábeis a impugnar a decisão concessiva da liminar foram analisados no item 3.3.2.

A tutela do direito de retenção constitui pedido contraposto? Primeiro é preciso elucidar que, o réu, tendo realizado de boa-fé, benfeitorias úteis ou necessárias na coisa, visa assegurar sua pretensão indenizatória pelo condicionamento do cumprimento do mandado à satisfação da indenização reconhecida na sentença. E isto, se reconhecido o seu *jus retentionis* na sentença.

Assim, responde-se afirmativamente à indagação, dizendo que o réu deve formular pedido de indenização, decorrente das benfeitorias, e pedido de proteção possessória ao direito de retenção, caso o autor se recuse a ressarcir-lo. Sendo o *jus retentionis* oriundo da posse, não há porque não se outorgar a proteção possessória a seu favor. Ambos os pedidos se encaixam no art. 922 (não se necessitando de reconvenção), e dessa forma, o argumento acima exposto pode

ser acolhido por aqueles que entendem que o momento processual dos embargos de retenção na reintegração de posse, é na apresentação da contestação.

3.4.2. A contestação

A contestação é a defesa por excelência no processo civil. Por meio dela, o réu sustenta as questões de fato e de direito, tanto em sua defesa, como para obter a proteção possessória a seu favor (art. 922 do CPC). É meio processual de defesa bem ampla, podendo conter em seu bojo, a configuração de usucapião, em qualquer de suas modalidades, se presentes os requisitos (a súmula 237 do Supremo Tribunal Federal permite a Exceção de Usucapião). Na hipótese da forma versada no art. 1.228, §4º do CC, a sentença que o declarar constitui título hábil para o registro do imóvel em nome dos possuidores; nos outros casos, deve-se reconvir.

Além disto, também pode o réu sustentar, exemplificativamente: 1) que o autor não tem a posse alegada, ainda que viciosa e, portanto, é ele quem pratica o esbulho; 2) a extinção da posse; 3) que a posse civil funda-se em contrato nulo; 4) a ilegitimidade de parte do réu, que se trata de terceiro de boa-fé, desconhecendo o vício que inquinava a coisa recebida, nos termos do art. 1.212 do CC; 5) que se trata de fâmulos da posse, nomeando à autoria, conforme o art. 62 do CPC; 6) que se trata de possuidor direto, denunciando a lide (art. 70, II do CPC) ao verdadeiro possuidor (a exemplo da situação entre locatário e locador); 7) que não praticou ato de esbulho; 8) que desconhecia o vício do ato praticado; 9) que estes se deram com a concordância do autor; 10) entendendo como vigente a súmula 487 do Supremo Tribunal Federal, se o autor alegar domínio, o réu também poderá fazê-lo; 11) indenização por benfeitorias necessárias, se possuidor de má-fé.

Se pretender atacar a liminar do autor, pode sustentar *posse velha* ou *direito de retenção*, se possuidor de boa-fé (como *fato novo*), para que o juiz aprecie e, sendo o caso revogue a liminar, baseada apenas nas alegações do réu e na prova documental anexada. Frise-se que é muito difícil ocorrer a revogação nesta hipótese. Por fim, pode alegar no mérito o direito à indenização por

benfeitorias necessárias e úteis, em conjunto com o *jus retentionis*, observando-se os requisitos do art. 744, §1º do CPC, isto é, para aqueles que entendem ser a contestação, o momento processual da oferta dos embargos de retenção na ação reintegratória.

O direito de retenção constitui *fato impeditivo* do direito do autor a liminar, ao passo que também, é *fato modificativo* de seu direito, no que tange ao mérito, pois não impede, nem extingue a pretensão deste à proteção possessória, mas modifica, restringe ou condiciona este direito à satisfação da indenização devida ao réu. É pois, ônus do réu a prova do direito de retenção (art. 333, II do CPC).

3.4.3. A reconvenção

Esta modalidade de resposta é “a ação do réu contra o autor, proposta no mesmo feito em que está sendo demandado.” (JOÃO MONTEIRO et al., 1912, *apud* THEODORO JÚNIOR, 2002, p. 351). Malgrado alguns doutrinadores sustentarem, que não há reconvenção em ação possessória dado o seu caráter dúplice, deve-se salientar que, se o réu quiser formular outros pedidos que não os mencionados nos arts. 921 e 922 do CPC, pode sim se valer da via reconvenção. Do contrário, dada a natureza dúplice, não haverá interesse em reconvir. A reconvenção está para o réu, assim como está o procedimento ordinário para o autor, que formula pedido diverso dos contidos nos dispositivos acima. Entendem alguns que os *embargos de retenção* devem ser postulados mediante reconvenção. Isto será comentado adiante, no item 3.4.4.2.

3.4.4. Embargos de retenção por benfeitorias

3.4.4.1. Embargos de retenção no processo de execução

Primeiramente cumpre dizer que, não obstante a bibliografia deste trabalho, o material relativo ao direito de retenção e aos embargos de retenção

por benfeitorias é muito escasso. Poucos são os doutrinadores que escrevem sobre estes institutos.

O conceito destes embargos é dado por Dinamarco:

... 'a demanda mediante a qual alguém traz em juízo a pretensão a manter-se na posse de determinado bem judicialmente atribuído a outrem, até perceber o valor da indenização a que diz fazer jus, por benfeitorias introduzidas no bem' e num segundo sentido significa 'o processo formado a partir dessa demanda'. (DINAMARCO et al., 1989, apud BOURGUIGNON, 1999, p. 179).

Estes embargos têm por escopo exigir do exeqüente o ressarcimento pelas benfeitorias, para que este possa entrar na posse da coisa. Dessa forma, sempre quando a coisa deva ser entregue em virtude de título executivo extrajudicial (art. 621 do CPC), o executado poderá requerer a retenção por benfeitorias (se possuidor de boa-fé, obviamente). Tal é a redação atual do instituto dos *embargos de retenção por benfeitorias*:

Art. 744. Na execução para entrega de coisa (art. 621) é lícito ao devedor deduzir embargos de retenção por benfeitorias.

§1º Nos embargos especificará o devedor, sob pena de não serem recebidos:

I – as benfeitorias necessárias, úteis ou voluptuárias;

II – o estado anterior e atual da coisa;

III – o custo das benfeitorias e o seu valor atual;

IV – a valorização da coisa, decorrente das benfeitorias.

§2º Na impugnação aos embargos poderá o credor oferecer artigos de liquidação de frutos ou de danos, a fim de se compensarem com as benfeitorias.

§3º O credor poderá, a qualquer tempo, ser imitado na posse da coisa, prestando caução ou depositando:

I – o preço das benfeitorias;

II – a diferença entre o preço das benfeitorias e o valor dos frutos ou dos danos, que já tiverem sido liquidados.

Referido texto legal está com a redação dada pela Lei 10.444/02, a qual introduziu várias modificações no CPC. Entre elas restringiu o campo de atuação dos embargos de retenção somente aos casos em que a execução para a entrega de coisa funda-se em título *extrajudicial*. A antiga redação falava em *execução de sentença, proferida em ação fundada em direito real, ou em direito pessoal sobre a coisa*, significando que só nas hipóteses de execução de sentença é que seriam cabíveis os embargos em pauta. Mas a doutrina relutou no sentido de que fossem eles admitidos também em sede de títulos *extrajudiciais* (pois não havia razão

para a proibição) de modo que, num segundo momento, ele era permitido tanto nos casos de títulos executivos judiciais, como extrajudiciais. Num terceiro momento, com o advento da Lei retro mencionada, eles foram restritos apenas aos casos de títulos extrajudiciais, que embasassem as execuções para a entrega de coisa.

Isto porque, com a inserção dos arts. 621 e 461-A e §§ (principalmente o §2º), a ação que objetive a entrega de coisa fundada em título judicial, é agora *executiva lato sensu*, tornando incabível o uso de embargos.

Apesar disto, os embargos de retenção ainda constituem-se num meio de evitar situações de injustiça, de enriquecimento sem causa, que privilegie uns em detrimento de outros. Segundo Carlos Alberto de Campos Mendes Pereira:

Parece-nos, pois, que os embargos de retenção por benfeitorias traduzem instrumento de justiça, impedindo que o inquilino, o comodatário, o possuidor ou detentor de boa-fé seja espoliado daquilo que realizou no lugar que estava de forma legítima. (MENDES PEREIRA, 1999, p. 176).

E para Alvino Lima, (et al., 1995, *apud* MENDES PEREIRA, 1999, p. 176), as teorias que fundamentam o direito de retenção são a equidade, a igualdade entre as partes e a impossibilidade de enriquecimento injusto.

Analisando o art. 744 do CPC, diz Bourguignon que:

A leitura do dispositivo processual, em referência, induz à conclusão de que a pretensão processual daquele, apontado no título como obrigado à entrega de coisa certa, está condicionada, para ser tida como fundada, isto é, procedente, à existência de um direito de retenção por benfeitorias, cuja configuração aferir-se-á em face das prescrições de direito material.

Havendo direito de retenção por benfeitorias haverá também, em tese, possibilidade de oposição dos correspondentes embargos. (BOURGUIGNON, 1999, p. 26).

Estes embargos, segundo a doutrina:

Só tem cabimento quando existe ação em curso onde se vindica a coisa em poder daquele que opõe os embargos. (...). Além disso, não se concebe como possa alguém reter coisa que não se encontra em seu poder. (MENDES PEREIRA, 1999, p. 181).

No processo de execução, a natureza jurídica dos embargos é de ação incidental, autônoma, mas relacionada à execução em curso. Corroborando a assertiva, diz a doutrina:

Embora meio de defesa com que o devedor se opõe à execução, a doutrina é praticamente unânime ao afirmar a natureza de ação dos embargos pois, embora em situação defensiva, é ao executado que cabe tomar a iniciativa de seu ajuizamento, de determinar a matéria que

comporá o objeto litigioso, enfim, de promover, como autor, este processo incidental cognitivo, onde via Carnelutti bem mais o aspecto de um ataque que um ato de reação. (BOURGUIGNON, 1999, p. 174).

... os embargos são 'ação em que o executado é autor e o exeqüente é réu'. (LIEBMAN et al., 1980, *apud* BOURGUIGNON, 1999, p. 175).

Não obstante, os embargos também possuem natureza de defesa:

Mas, se indiscutível a 'roupagem' de ação dos embargos, substancialmente possuem natureza de defesa. Constituem processo incidente à execução, de forma que pressupõem a existência desta para existir.

(...).

Ao mesmo tempo que o embargante-retentor toma a iniciativa de levar ao magistrado sua pretensão a reter, assumindo posição de autor (o que primeiro formula a demanda), exerce verdadeira defesa dilatória, cujo escopo consiste, não em derruir o direito do exeqüente, mas condicioná-lo ao prévio adimplemento do quantum indenizatório relativo às benfeitorias. (BOURGUIGNON, 1999, p. 176-177).

Ademais, havendo *justo título* nos embargos, o embargante não precisará demonstrar sua boa-fé; ela é presumida. Ao embargado é que caberá o ônus de provar a má-fé do embargante. Revela a doutrina que:

A posse é de boa-fé, de acordo com a teoria psicológica, adotada pelo Código Civil Brasileiro, quando o possuidor tem a plena convicção da legitimidade de sua posse, pensando que a coisa possuída realmente lhe pertence e desconhecendo o vício impeditivo da aquisição do direito. (MENDES PEREIRA, 1999, p. 184).

Em razão da dificuldade que muitas vezes ocorre, de se perquirir a má-fé ou boa-fé da posse, o Código estabeleceu a presunção de boa-fé para o que detém *justo título*, conforme o disposto no parágrafo único do art. 1.201. Sobre a transmutação da posse de boa em má-fé, leciona Arnold Wald:

... a posse mantém o seu caráter inicial, a menos que seja apresentada prova da mudança de sua qualificação por não ter mais o possuidor a convicção da legitimidade de seu direito. (ARNOLD WALD et al., 1993, *apud* MENDES PEREIRA, 1999, p. 185).

A indenização a que tem direito o embargante, é referente às benfeitorias necessárias e úteis, erigidas ao tempo da posse de boa-fé, de modo que cessada esta, somente serão indenizadas (mas sem o *jus retentionis*) as necessárias *supervenientes*. No tocante às benfeitorias voluptuárias, dispõe Mendes Pereira:

Esses embargos fundam-se no jus retentionis, que é o direito assegurado ao possuidor de boa-fé de reter a coisa em que tenha feito benfeitorias necessárias ou úteis até ser indenizado devidamente (Cód. Civil, art. 516). Não existe no direito material o direito de retenção por benfeitorias voluptuárias. (MENDES PEREIRA, 1999, p. 187).

Não havendo direito de retenção por benfeitorias *voluptuárias*, o legislador processual disse mais do que deveria dizer ao fazer constar no art. 744, §1º, I do

CPC, a hipótese de retenção pelas benfeitorias desta espécie. Deve-se então, interpretar o dispositivo de forma *restritiva*, aplicando o instituto somente nos casos de benfeitorias úteis e necessárias. Também haverá a hipótese de direito de retenção (e por conseguinte, embargos de retenção) para o *devedor* que empregou trabalho ou dispêndio no melhoramento feito à coisa, por força do “*caput*” do art. 242 do CC.

Os embargos de retenção se traduzem num procedimento especial, sujeito às regras dispostas nos arts. 736 e seguintes do CPC, aplicando-se subsidiariamente, as normas referentes ao procedimento ordinário, por força do art. 598 do mesmo diploma legal.

Citado, o executado tem 10 dias para, seguro o juízo, ofertar estes embargos, em novo prazo de 10 dias, contados da lavratura do termo de depósito (arts. 621 e 738, II). Se em 10 dias ele não efetua o depósito, expede-se mandado de busca e apreensão / imissão de posse, e realizada a constrição, da juntada deste mandado aos autos, abre-se novo prazo de 10 dias para os embargos (arts. 625 e 738, III). Neste último caso, há a extinção do direito de retenção, pois a posse passa para o exeqüente, embora possa ser ele sustentado nos embargos.

A jurisprudência entende a natureza *peremptória* do prazo para os embargos, pois a ausência de praticá-lo é ônus do embargante, e acarreta a *preclusão temporal*. Os embargos terão *efeito suspensivo* da execução (art. 739, §1º), se for realizado o depósito da coisa pelo embargante. Caso contrário, havendo busca e apreensão ou imissão na posse da coisa, não há essa *suspensividade* pois estará ocorrendo uma satisfação do direito, ainda que provisória (pelo fato do bem passar para o embargado).

A petição inicial dos embargos de retenção, além dos requisitos genéricos dos arts. 282 e 283, deverá conter também, os requisitos específicos do art. 744, §1º do CPC, que são: 1) Individualização da espécie de benfeitorias (necessárias ou úteis); 2) Estado anterior e atual da coisa, para provar a existência, a época e o autor das benfeitorias; 3) Custo e valor atual das benfeitorias. O embargante tem de demonstrar o *quantum* gasto e o valor atual das benfeitorias. É prova produzida normalmente por documentos (notas fiscais, recibos de compra de material, pagamento de mão-de-obra) que comprovam as despesas referentes às benfeitorias. Nada impede que também se utilize a prova testemunhal, por meio

de pessoas que presenciaram ou participaram de sua feitura. O valor atual da coisa será aferido por perícia técnica; 4) Indicação do valor monetário do bem, devido às benfeitorias, pois é sobre esta questão que a perícia irá incidir.

Na *causa de pedir*, o embargante deve demonstrar sua qualidade de possuidor de boa-fé e que realizou benfeitorias necessárias ou úteis, titular portanto, do *jus retentionis*, caso o embargado não satisfaça o seu crédito. No *pedido*, deve haver a pretensão de reter o bem, caso o crédito do retentor não seja adimplido. O *valor da causa* deve corresponder ao das benfeitorias.

Poderá ocorrer a rejeição liminar dos embargos se não estiver seguro o juízo (art. 737, II); nos casos do art. 739; ou na ausência de um dos requisitos acima (art. 744, §1º). O embargante encontra-se (depois de seguro o juízo pelo depósito da coisa) na condição de depositário. Tanto na hipótese da expedição de mandado de busca e apreensão / imissão na posse da coisa (decorrente de sua não-entrega voluntária), como na segurança do juízo (pela entrega voluntária do bem), a oposição dos embargos é viabilizada. Aliás, a segurança do juízo é matéria que deve anteceder a análise dos pressupostos processuais e das condições da ação.

O embargado é intimado na pessoa de seu advogado para oferecer a impugnação aos embargos (“*caput*” do art. 740) e exceções. Na impugnação, o embargado pode: a) apontar a ausência dos requisitos dos arts. 282, 283 e 744, §1º, para gerar extinção do processo sem julgamento do mérito; b) oferecer artigos de liquidação (arts. 608 e 609 do CPC) de frutos e danos, para exercer o direito de compensação, como se estivesse reconvinado. O embargante será ouvido e realizar-se-á instrução probatória. Procedentes os artigos, dá-se a compensação, contudo:

Frise-se, porém, que nesta hipótese nos deparamos com duas pretensões distintas (de reconhecimento de benfeitorias a gerar o direito de retenção e de compensação com os frutos ou danos provocados pelo detentor à coisa), aconselhando a melhor técnica a fim de se evitar tumulto processual, sejam elas apreciadas simultaneamente.

Se há artigos de liquidação de frutos, ou danos, com que as benfeitorias se devam compensar, os dois processos correm juntos, julgando-os a mesma sentença.

Se houver benfeitorias indenizáveis, feita na coisa pelo devedor ou por terceiro que tenha direito à posse, uso ou mera detenção, de cujo poder de disposição ela houver sido tirada, a liquidação prévia é obrigatória. (MENDES PEREIRA, 1999, p. 189).

c) atacar o direito à indenização e retenção por benfeitorias; d) imitir-se na posse, prestando caução (§3º, I do art. 744) da importância requerida. Deve deixar claro que se trata de caução, para não suceder que o juiz julgue o mérito, pelo reconhecimento jurídico do pedido; e) havendo liquidação, o depósito constitui pagamento; f) a apelação dos embargos não possui efeito suspensivo (art. 520, V), razão pela qual, havendo sentença que julga a liquidação (art. 520, III), o embargado pode ser imitado na posse, pelo depósito do valor constante na sentença; g) o depósito do valor total requerido, permite a imissão direta na posse da coisa.

Ocorrendo alguns dos casos do art. 744, §3º, o processo não se extingue, mas somente o *jus retentionis*, pela caução ou o depósito substitutivo. O parágrafo único do art. 740 do CPC prevê uma espécie de julgamento antecipado da lide nos embargos, quando for matéria só de direito, ou de direito e de fato só houver prova documental produzida. Mas havendo necessidade de prova oral, realizar-se-á audiência de instrução e julgamento. Da sentença cabe apelação no efeito devolutivo apenas (art. 520, V do CPC), e transitada em julgado esta, se procedente, o exequente será intimado a depositar o preço das benfeitorias, sob pena de extinguir-se a execução com fulcro no art. 267, III do CPC.

3.4.4.2. Momento processual dos embargos de retenção na reintegração de posse

A ação de reintegração de posse, como se sabe, é ação *executiva lato sensu*, isto é, guarda executividade no comando da sentença, exaurindo-se com a expedição de simples mandado. Assim, pergunta-se: como é possível a oposição dos embargos de retenção por benfeitorias na reintegração de posse? Qual o momento processual destes embargos nesta ação?

Pois se a sentença é auto-executável, não havendo *actio judicati* que permita a oposição dos embargos, haverá possibilidade de sua oposição na possessória a fim de impedir o cumprimento do mandado?

Há entendimentos doutrinários e jurisprudenciais admitindo a oposição de embargos de retenção na reintegração possessória, conforme se observa:

... os embargos de retenção por benfeitorias, não na forma mas no fundo, são verdadeiros embargos de terceiro, constituindo nova lide, em que 'aparecem as partes em qualidade inteiramente diversa da que conservam no processo de execução' (...). Com base nesse entendimento, os tribunais já acolheram embargos de retenção por benfeitorias em possessória (RT, 479:161 e 507:102) – (AMÍLCAR DE CASTRO et al., s/d, apud ROBERTO GONÇALVES, 2001, p. 53-54).

EMBARGOS DE RETENÇÃO POR BENFEITORIAS – Dedução feita apenas em execução de sentença de reintegração de posse – Admissibilidade – Momento em que o executado, já vencido na questão principal, tem efetivo interesse em fazer valer seu direito de reembolso – Faculdade, ademais, reconhecida na decisão exequenda – Aplicação do art. 744 do CPC. (RT 653/140).

Mas a maior parte da doutrina e da jurisprudência define a resposta, notadamente a *contestação*, como o momento processual cabível para se exercer o *jus retentionis*, sob pena de preclusão:

Embora haja decisões permitindo a oposição de embargos na ação possessória, antes que o mandado tenha sido cumprido, tende a jurisprudência a considerar que o momento oportuno para a invocação do direito de retenção por benfeitorias é a resposta do réu. Na contestação, o réu já deverá descrever quais as benfeitorias que fez, solicitando ao juiz que, em caso de procedência, condicione o cumprimento do mandado ao ressarcimento delas. (RIOS GONÇALVES, 1999, p. 78-79).

Reintegração de posse – Execução de sentença – Retenção por benfeitorias – Ausência de alegação na contestação – Preclusão.

- Tratando-se de execução de sentença de reintegração de posse, não há que se falar em retenção por benfeitorias se a matéria não foi alegada na contestação, a evidenciar a preclusão do direito do embargante (Apelação Cível n. 132.884-5 – Relator: Ferreira Esteves – J. 24/6/92 – V. 47/234 apud SANTIAGO JÚNIOR, 1999, p. 217).

Sustentam alguns o não-cabimento de tais embargos nas possessórias, ao fundamento de que a sentença é executada por simples expedição de mandado, devendo o réu pedir indenização das benfeitorias, com direito de retenção, na contestação. (ROBERTO GONÇALVES, 2001, p. 53).

... se o demandado tem benfeitorias a indenizar, e pretende exercer, se cabível, o direito de retenção, há de fazê-lo no curso da ação por meio da contestação, e nunca por via de 'embargos de retenção', após a sentença... (THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 141).

... a tipicidade da prestação da tutela jurisdicional nas denominadas executivas lato sensu impõe seja feita esta arguição naquela oportunidade, sob pena de preclusão.

É que, nestas ações, inexistindo processo de execução autônomo que possibilite, por meio dos embargos, operacionalizar-se a solutio retentio, esta matéria deverá ser levantada na própria ação, por ocasião da resposta (contestação) e resolvida na sentença. (BOURGUIGNON, 1999, p. 146).

Certamente, é a posição mais correta, uma vez que os embargos de retenção, nos moldes do art. 736 e seguintes do CPC são incompatíveis com a

índole executiva *lato sensu* das ações possessórias, devendo o direito de retenção se argüido na resposta do réu, sob pena de haver preclusão temporal. Mas de que forma deve ser exercitado o *jus retentionis*? Na contestação? Por meio de reconvenção? Ou por oposição de embargos?

Existem posições em diversos sentidos. As citações retro mencionadas pugnam pela sua aplicação em sede de contestação. Há outros, no entanto, que admitem ser feita a alegação de tal direito, tanto na contestação como na reconvenção:

BENFEITORIAS – Retenção – Direito.

O direito de retenção por benfeitorias nas chamadas ações de força deve ser deduzido no processo de conhecimento, através de reconvenção ou na própria contestação. Todavia, numa ou noutra hipótese é indispensável que o réu, ao deduzi-lo, atenda aos requisitos arrolados no art. 744, §1.º, do Código de Processo Civil, sob pena de não ser conhecido. (RT 521/199).

E, quanto à forma procedimental, embora Arnaldo Medeiros da Fonseca negue a admissibilidade da reconvenção, Paulo de Lacerda o admite para reconhecer o crédito, no que é acompanhado pela 1.ª Câmara Cível do TJMG. (RT 648/55).

Também há corrente doutrinária que pugna pela argüição do *jus retentionis* via embargos de retenção:

... parece, salvo melhor juízo, que ela deverá, até por amor à técnica processual, ser deduzida em petição apartada da contestação...

(...).

Na hipótese de ter matéria de contestação, deverá fazê-lo em petição a ser juntada aos autos da própria ação e, em peça autônoma, na forma incidental, postular a oposição de embargos de retenção, já que inegavelmente é uma forma de embargar a execução futura, já iniciada pelo misto conhecer-executar. (PIETROSKI apud RT 648/55).

Nas ações possessórias, dada a sua natureza executiva, a posse é mantida ou restituída mediante simples expedição e cumprimento do mandado, sendo inaplicável, em casos tais, o disposto nos artigos 621 e 744 do CPC. Eventual direito de retenção por benfeitorias deve ser postulado quando do oferecimento da resposta à pretensão possessória deduzida pela parte contrária, pena de preclusão. (...).

*Conclui-se, porém, que são cabíveis os embargos de retenção por benfeitorias nas ações possessórias, mas deve o demandado pleitear a retenção desde logo, na oportunidade da resposta porque, como as ações de despejo, as ações possessórias são executivas *lato sensu* que não comportam embargos na fase executória. (MENDES PEREIRA, 1999, p. 195).*

Com efeito, parece que o modo mais adequado tecnicamente de alegar o direito de retenção, apesar dos posicionamentos acima, é mesmo na contestação. Sua argüição via embargos colocaria para o julgador o encargo de decidir dois

processos simultâneos, quando pode realizar toda a instrução probatória dos respectivos direitos dentro do processo possessório. Ademais, a aplicação do art. 744 do CPC se restringiria ao preenchimento dos requisitos de seu §1º, algo que pode ser feito na contestação.

Com relação à reconvenção, esta obra entende não haver *necessidade* em reconvir, uma vez que há o caráter dúplice das ações possessórias que permite a formulação dos pedidos dentro dos parâmetros estabelecidos no art. 922 do CPC. O réu pode requerer a proteção possessória do direito de retenção até que o autor venha ressarcir-lo dos prejuízos decorrentes das benfeitorias implementadas na coisa, sendo a indenização destarte, o segundo pedido.

Portanto, o direito (embargos) de retenção deve ser exercido no prazo e sob a forma da contestação, sob pena de preclusão. Todavia, na hipótese de reintegração liminar *específica* (art. 928), ou *genérica* (art. 273), o *jus retentionis* deve ser argüido através dos recursos e meios de impugnação retratados no item 3.3.2., sem prejuízo de sua reiteração aprofundada na contestação. Poderá ser também “*defendido*” por via oblíqua, na justificação prévia, quando o réu arrole suas testemunhas, não para provar os elementos do direito de retenção (pois nada alegou ainda), mas para fazer contraprova à liminar pretendida pelo autor, demonstrando a inexistência de seus pressupostos (vistos no item 3.2.3.).

3.5. Execução da sentença, efeitos da apelação interposta e sua interferência na liminar

Julgada procedente (e via-de-regra, transitada em julgado) a sentença de reintegração de posse, o juiz expedirá mandado de reintegração de posse a favor do autor. É sentença auto-executável, prescindindo de *actio judicati*. Mas poderá haver ação de execução, para cobrança do réu condenado nas perdas e danos, ou também existir execução da obrigação de fazer, que é o desfazimento de construções e plantações. Por isso mesmo a sentença pode ser, ao mesmo tempo, *executiva lato sensu* e condenatória.

Por ser auto-executável, o direito de retenção deve ser postulado na contestação (conforme salientado no item 3.4.4.2.), inexistindo embargos de retenção na execução da sentença possessória. O reconhecimento do direito de retenção na sentença não influi na procedência ou improcedência da ação, mas somente restringe a satisfação do autor ao ressarcimento das benfeitorias.

A maior parte da doutrina entende que a apelação da sentença nas ações possessórias (notadamente na reintegração de posse), está sujeita ao duplo efeito (devolutivo e suspensivo), conforme disposto no art. 520, 1ª parte do CPC. Sendo assim, quatro situações podem ocorrer, no tocante à interferência dos efeitos da apelação interposta, sobre a liminar que tenha ou não, sido concedida: 1) A liminar fora negada e julgado improcedente o pedido de reintegração. Não há dúvida; o réu continua na posse do bem; 2) Concedida a liminar, foi julgado procedente o pedido do autor. Este se mantém na posse, mesmo em caso de apelação do réu; 3) A liminar foi *concedida* e a sentença julgou *improcedente* a pretensão do autor. Este apela. Segundo a maioria da doutrina, os efeitos da liminar perduram, pois a apelação suspende os efeitos da sentença, ainda que esta revogue *expressamente* a liminar concedida inicialmente. Esta prevalece até o trânsito em julgado da decisão; 4) Negada a liminar, a sentença julgou procedente a pretensão do autor. A apelação do réu suspende os efeitos da sentença, continuando o réu na posse do bem.

Porém, parcela da doutrina encabeçada por Pontes de Miranda, Humberto Theodoro Júnior e seguida por Francisco Antônio Casconi (2001, 46), entende que a apelação na reintegração de posse tem efeito apenas devolutivo, em razão da natureza executiva das ações possessórias, conforme se observa:

Dessa natureza executiva das ações possessórias decorrem dois efeitos importantíssimos, a saber:

a) a inexistência de embargos à execução; e

b) a ausência de efeito suspensivo no recurso de apelação contra a sentença que defere a tutela possessória.

(...).

Outra decorrência importante da natureza executiva da ação possessória é a que se relaciona com a eficácia não suspensiva da apelação que ataca a sentença, quando esta ordena a expedição do mandado de tutela da posse.

Em se tratando de executiva lato sensu, a discussão que se trava no bojo da ação possessória equivale aos embargos de executado, para os fins do art. 520, nº V, do CPC.

Daí ensinar Pontes de Miranda que, tanto na ação de manutenção como na de reintegração de posse, não pode incidir a eficácia suspensiva da apelação. Assim como a medida liminar deferida initio litis não se suspende quando o vencido apela da sentença que a confirma, também não pode deixar de cumprir-se o mandado deferido pela sentença final só porque houve apelação. Nesses casos de ação executiva, 'não se deve negar o cumprimento da sentença desde logo' e, por isso, 'ao receber a apelação, cabe-lhe (isto é, ao juiz) dizer que só a recebe no efeito devolutivo'. (THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 135-136).

A razão, ao ver deste trabalho, parece estar com a corrente minoritária retro mencionada. Pois, se na ação de execução, a apelação da sentença de improcedência dos embargos não tem efeito suspensivo, prosseguindo a execução, também neste caso, pela natureza predominantemente executiva da ação possessória, não deve haver suspensão dos efeitos da sentença em caso de apelação interposta. Mesmo porque a sentença foi prolatada com juízo de cognição exauriente, ocorrendo um verdadeiro anacronismo se, concedida a liminar (em cognição sumária), a sentença de improcedência a revoga e a apelação é recebida no duplo efeito. Ou mesmo no caso inverso: a liminar é negada, mas a sentença julga procedente o pedido, sendo suspensa pelo recurso de apelação.

Aliás, o recebimento da apelação do efeito devolutivo (somente) é a oportunidade que o juiz tem de corrigir o seu erro, cometido quando da concessão ou não da medida liminar. Assim como o agravo de instrumento interposto da concessão da liminar não a suspende, assim deve ser a apelação interposta da sentença de procedência. E com maior razão se tiver sido ventilado e provado o *jus retentionis* no curso do processo, pois tendo o autor obtido a liminar, e não tendo sido esta reformada (porque não se reconheceu o direito de retenção no agravo, dada a dificuldade da prova), a sentença, mesmo que procedente, ao reconhecê-lo deve revogar a liminar para o fim de proteger o direito de retenção, condicionando a reintegração à indenização das benfeitorias. Admitir idéia oposta, ou seja, o duplo efeito na apelação neste caso, seria deixar desprotegido e totalmente inviabilizado o *jus retentionis* do réu.

4. O conflito entre o direito à reintegração liminar e o direito de retenção por benfeitorias

4.1. Colisão de direitos, inexistindo justificação prévia

Antes de tudo convém dizer que, embora utilizados os termos “conflito” e “colisão” de direitos, na realidade tal não existe. Todos os direitos possuem sua finalidade, que ao ser cumprida, não pode violar outro direito. Pelo contrário; as normas instituidoras dos direitos devem ser interpretadas de maneira que estes permaneçam em harmonia. Destarte, o que de fato existe é um *aparente conflito de direitos*, sendo que, no caso concreto, um deles cede lugar à primazia do outro.

No caso em tela, o que pode ocorrer é que, sendo o possuidor, esbulhado em sua posse, a menos de ano e dia, este intenta pedido de reintegração em caráter *liminar* em face do esbulhador. Ocorre que o requerido, atuava ignorando o vício que obstaculizava a aquisição lícita da coisa (estando portanto de boa-fé), e realizou benfeitorias necessárias e úteis no bem (sendo dessa forma, titular do *jus retentionis*). Assim, deferido liminarmente e *inaudita altera parte*, o mandado de reintegração de posse é cumprido antes que o réu possa invocar a *exceptio retentionis*.

Situação semelhante, mas de ocorrência mais remota (contudo possível), é aquela em que o esbulho se deu a mais de ano e dia pelo possuidor (no caso) *de boa-fé* e, o autor da ação obtém, fundado no art. 273, I do CPC, a reintegração liminar. Dessa forma, tendo igualmente realizado benfeitorias necessárias e úteis na coisa, o titular do direito de retenção se vê privado de invocá-lo, em virtude do cumprimento *inaudita altera parte* do mandado liminar de reintegração de posse. Exemplificando uma hipótese de possuidor de boa-fé, tem-se a prevista no parágrafo único do art. 521 do Código Civil de 1.916:

Art. 521. (...).

Parágrafo único. Sendo o objeto comprado em leilão público, feira ou mercado, o dono, que pretender a restituição, é obrigado a pagar ao possuidor o preço por que o comprou.

A boa-fé é presumida por causa da compra efetuada em leilão público, feira ou mercado. Embora tal dispositivo não viera reproduzido novamente no Código de 2002, não significa que esta hipótese de boa-fé tenha desaparecido. Outro exemplo é dado pela doutrina:

Se alguém se apossa, violentamente, de determinada coisa, julgando erroneamente que lhe pertence e que está a praticar ato de legítima defesa de sua posse, terá adquirido posse injusta, a qual poderá até ser de boa-fé, se ignorava que a coisa arrebatada não lhe pertencia. (BOURGUIGNON, 1999, p. 69).

Em ambos os casos (seja a *liminar possessória*, seja a *antecipação de tutela*), o que o réu pode fazer? Será pois, analisado para fins de solução do “conflito”, os comportamentos do autor, do juiz e do réu.

Primeiramente, cumpre salientar que os requisitos para o deferimento *in limine* da reintegração de posse prevista no procedimento especial do CPC, são os constantes no art. 927 do CPC, quais sejam: a posse do autor; o esbulho cometido pelo réu; a data deste; a perda da posse. Tratando-se de *posse velha*, deve-se acrescentar aos requisitos acima, os presentes no art. 273, I do CPC: pedido do autor; prova inequívoca que conduza à verossimilhança da alegação; fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ausência da irreversibilidade fática causada pelo provimento antecipatório. Ao lado destes requisitos, não importando se o rito é o especial ou o ordinário, *deve o autor também provar a má-fé do esbulhador. É o que diz a doutrina:*

Justamente estas circunstâncias deverão ser comprovadas por aquele que pretender haver ou reaver a coisa, evitando a arguição eficaz do direito de retenção por benfeitorias. Deverá comprovar que o possuidor conhecia efetivamente os vícios ou que estes eram tão flagrantemente evidentes que não lhes seria razoável, ordinariamente, ignorá-los.

A má-fé é tratada pelo legislador pátrio como excepcionalidade, tanto que nosso Código Civil estabelece apenas uma hipótese em que ela se presume: é a constante do art. 548, parágrafo único. Fora desta situação deverá sempre ser inequivocadamente comprovada. (BOURGUIGNON, 1999, p. 88) – (grifou-se).

A exigência da prova de má-fé também pode ser verificada na divulgação do gabarito da questão prática de Direito Civil (ponto 1) da 2ª fase do exame nº 123 da OAB/SP, na qual ocorreu um caso de esbulho de um imóvel, objeto de comodato:

Antônio deve demonstrar a posse de má-fé de Benedito, uma vez que promoveu a interpelação, ao término do contrato, motivo esse que enseja o pedido de liminar, por tratar-se de posse nova, datada de menos de ano e dia. (EXAME...,123, 2004) – (grifou-se).

Ademais, tendo o autor cumulado ao pedido de possessório, o de desfazimento de construções ou plantações (art. 921, III), e tendo em vista que estas são acessões industriais, que segundo parte da jurisprudência são equiparadas às benfeitorias (aplicando-lhes o mesmo regime jurídico), a comprovação da má-fé se torna indispensável para evitar eficiente alegação do direito de retenção pelas acessões industriais, formulada pelo réu. Não provada a má-fé do réu, o *autor deve demonstrar* ao menos, que se trata do próprio esbulhador que se encontra na posse do bem (e não terceiro). Isto se deve ao fato do art. 1.212 do CC vedar o ajuizamento de demanda possessória em face do terceiro de boa-fé. Contra este só é cabível ação real. Sendo terceiro de má-fé, ou seja, que recebeu a coisa esbulhada sabendo que o era (receptador), a comprovação da má-fé é o único pressuposto para que se intente a reintegração possessória em face dele. Por fim, demonstrado que não se trata de terceira pessoa, *deve ficar evidenciado na inicial que o réu não realizou benfeitorias no bem*. Pois ainda que o réu esteja de boa-fé, a citação da ação reintegratória (via-de-regra) tem força para fazer esta cessar.

Tal qual a demonstração da *posse velha no procedimento especial*, a *existência do direito de retenção em quaisquer dos procedimentos* constitui-se em *fato impeditivo* à concessão da liminar. Pois, *se o juiz soubesse que do outro lado da lide há o titular do direito de retenção, certamente não concederia a liminar*, ou pelo menos, *não deveria conceder*. Isto porque, engana-se quem pensa que o ato de esbulho presume-se de má-fé. É verdade que, freqüentemente, um ato espoliativo é praticado de má-fé, mas isto não significa que esta situação possa ser presumida sempre. Posse injusta (esbulho) não se confunde com posse de má-fé (ciência do vício). A primeira é aferida em parâmetros *puramente* objetivos, conquanto a segunda é medida com base na *subjetividade*. É assim que salienta Bourguignon: “*É o ato objetivamente considerado que determina ser a posse injusta, irrelevante a intenção do possuidor para qualificar o resultado de sua ação.*” (BOURGUIGNON, 1999, p. 69-70).

De forma que pode haver posse injusta, mas de boa-fé, e posse justa, porém de má-fé. Doutrina e jurisprudência confirmam tais assertivas:

... posse justa e injusta não se confundem com posse de boa ou má-fé nem entre elas existe vínculo obrigatório de simetria ou correlação, podendo haver, mesmo, hipóteses em que a posse seja

concomitantemente injusta e de boa-fé – possibilitando a solutio retentio – ou ainda, por outro lado, justa e de má-fé – inviabilizando a retenção. (BOURGUIGNON, 1999, p. 74).

O reconhecimento da injustiça da posse, levando a procedência da reivindicatória, não obsta, por si, tenha-se como presente a boa-fé. (STJ – Acórdão Resp 9095/SP (199100046426) RE 23738, 7-4-92, 3ª Turma – Rel. Min. Cláudio Santos apud VENOSA, 2003, p. 70).

Embora não constando do texto do art. 927 do CPC, tais exigências vêm do próprio direito material. O legislador das normas processuais deve acompanhar o das normas de direito material amoldando-se o quanto possível para que injustiças não ocorram, pois o tratamento jurídico que o instituto da posse recebe do ordenamento visa à manutenção da paz social. Destarte, o juiz deve verificar se estão preenchidos todos estes pressupostos para conceder a liminar. Não demonstrados *in limine*, deve designar audiência de justificação prévia.

Mas concedida esta *inaudita altera parte*, o réu deve lançar mão dos meios impugnadores mencionados no item 3.3.2. Poderá ele, interpor recurso de agravo de instrumento, requerendo a concessão de efeito suspensivo, para evitar dano irreparável que é a perda do direito de retenção. Se o ato judicial estiver em flagrante ilegalidade, e a *mera existência* do *jus retentionis* do réu puder ser comprovada documentalmente, constituindo *direito líquido e certo*, cabível também se torna a impetração de mandado de segurança, tanto em sede de justiça comum como nos juizados especiais cíveis. Nestes últimos, por não serem *agraváveis* as decisões interlocutórias, o *writ* deve ser impetrado no Tribunal de Justiça. O *mandamus* também é viável na hipótese de denegação de efeito suspensivo no agravo interposto contra a liminar.

O instituto da caução (art. 925 do CPC), também pode ser utilizado, seguindo-se os parâmetros indicados no item 3.3.2. de forma de aplicá-lo constitucionalmente, ou seja, que a prova se faça não só da inidoneidade financeira do autor, mas também da falta dos pressupostos autorizadores da concessão da liminar. Por fim, se o réu pretende tão-somente obter a indenização pelas benfeitorias, pode ajuizar ação indenizatória, com pedido de antecipação de tutela, perdendo todavia, a *exceptio retentionis*.

4.2. Colisão de direitos, existindo justificação prévia

Esta audiência deve ser designada se na inicial não vierem aclarados os requisitos mencionados no item anterior, de modo que sua comprovação se faça em audiência. Nesta, conforme explanado exhaustivamente neste trabalho, o juiz deve observar o contraditório, ouvindo as testemunhas pelo réu arroladas. O depoimento destas é muito importante, no caso do requerido ser titular do *jus retentionis*, pois elas podem produzir contraprova e demonstrar a inexistência de má-fé, a realização de benfeitorias, ou mesmo que o réu foi envolvido na lide, mas é estranho à relação jurídica (terceiro que recebeu o bem de boa-fé). A obediência ao contraditório e à ampla defesa é defendida pela doutrina (MARCATO, 1999, p. 123; VENOSA, 2003, p. 137) e jurisprudência (JTASP 106/35; TJMS, RJTMS 10/24; RT 609/98). Seja pela obrigatoriedade da presença do réu nesta audiência, sob pena de nulidade, o que lhe permite a produção de provas (VENOSA, 2003, p. 137); seja pela sua total integração ao processo, já nesta fase do procedimento (MARCATO, 1999, p. 123), obedecendo-se ao princípio do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV da CF).

Privá-lo do contraditório é colocá-lo em situação imóvel, passiva, ante o prejuízo que lhe pode advir. Aliás, a lei processual não cria proibição neste sentido. Nem o réu está provando antes de alegar mas levando ao juiz, elementos para que este forme sua convicção de modo a proferir uma decisão segura, na fase mais importante de todo o procedimento possessório. Não se sabe ao certo se esta decisão será revogada futuramente, e um erro cometido no começo da lide (ainda que futuramente, as provas indiquem que a razão estava com o réu), certamente lhe causará grande prejuízo. Ademais, o caráter dúplice das possessórias, que permite requerer a proteção possessória em seu favor, também não obsta que o réu ouça as testemunhas por ele eventualmente arroladas, quando da justificação. Do contrário, irá se sujeitar o réu a ter que promover ação de manutenção de posse a fim de ouvi-las em audiência, pela conexão das ações.

Se a liminar não pôde ser deferida *inaudita altera parte*, é porque comporta dúvidas, esclarecidas através da prova testemunhal, inclusive do réu, para

assegurar uma decisão mais justa. A contraprova do réu limita-se à posse do autor, negando-lhe as afirmações. E se alguns admitem a juntada de documentos pelo réu, não há razão para proibir a oitiva de suas testemunhas. O contraditório nesta audiência, menos que uma dificuldade, é um benefício para o juiz prolatar uma decisão com segurança, evitando-se que posteriormente, apenas o arrependimento do julgador não seja o suficiente para corrigir o dano irreversível experimentado pelo réu, titular do direito de retenção.

Fazendo-se um paralelo com a seara do processo penal, nela já existem procedimentos especiais que antecipam o contraditório antes do deferimento de uma decisão *inicial (liminar)*. O art. 38 da Lei 10.409/02 (Lei de Tóxicos) permite a apresentação de resposta à acusação por escrito, antes do juiz decidir sobre o recebimento ou não da denúncia. Isto mostra uma tendência legislativa a privilegiar o contraditório antes de decidir-se sobre a liminar.

Voltando ao caso em pauta, logicamente, o depoimento das testemunhas do réu asseverando a inexistência dos requisitos da liminar (e por via oblíqua, a presença dos requisitos do *jus retentionis*, embora não alegado ainda), deve ser confirmada na audiência de instrução para fins de direito de retenção, e este, argüido na contestação, e reiterado nas alegações finais. O autor da reintegração, através de seu advogado, deve na justificação inquirir suas testemunhas, bem como as do réu, de modo a comprovar os requisitos do art. 927 (e 273, I se posse velha); a má-fé do requerido; que este é o esbulhador; ou que não realizou benfeitorias.

Do possuidor de boa-fé se poderá exigir somente os mínimos cuidados, medianamente tomados. Deve-se apurar se a situação jurídica na qual a posse foi adquirida era apta ou não a indicar a existência de vícios, que poderiam ser reconhecidos pelo senso comum das pessoas. O ônus da prova é daquele que imputar a má-fé ao possuidor pois é ele quem deverá prová-la, demonstrando que este tinha conhecimento dos vícios. A *subjetividade da boa-fé* sofre limitações de ordem ética, dizendo a lei que esta deixará de existir quando as circunstâncias façam presumir a não-ignorância dos vícios possivelmente existentes. A situação é de tal maneira, que a ignorância do possuidor é inescusável, não se admitindo a argüição de boa-fé.

O juiz, por sua vez, não deve na audiência de justificação, indeferir reperguntas do patrono do réu acerca de elementos que busquem aferir a existência de boa-fé do requerido ou da feitura de benfeitorias. Deve isto sim, tentar inicialmente a conciliação entre as partes, bem como no fim da oitiva das testemunhas (conforme permite o art. 125, IV do CPC), e caso o quadro esteja favorável ao réu, não havendo conciliação, indeferir a liminar pleiteada. Não estará fazendo isto pela configuração do *jus retentionis* (e nem poderia, uma vez que o art. 128 do CPC lhe veda conhecer de questões ainda não suscitadas pelas partes), mas sim pela ausência dos requisitos autorizadores da concessão da liminar, que se deferida pode causar sérios danos a eventual direito do réu (inclusive o direito de retenção).

Mas o autor pode - antes da decisão de provável indeferimento e premiado com a nova tentativa de conciliação dada pelo juiz após as oitivas, vendo que as provas indicam um futuro direito de indenização por benfeitorias (e retenção inclusive, eis que não provada a má-fé e verificada a existência de benfeitorias) – *espontaneamente* prestar caução, em analogia ao art. 588, II do CPC, devendo o juiz neste caso, aceitá-la e deferir a liminar. Assim, tanto na liminar do art. 928 como na antecipação de tutela, a caução acaba sendo uma espécie de *pressuposto* para concedê-la.

O juiz deve oportunizar ao réu a garantia do contraditório, ouvindo as suas testemunhas, na busca da verdade real (*Princípio do Ativismo Judicial*). Agindo assim, estará propiciando o verdadeiro e *devido processo legal*. O réu, por sua vez, deve inquirir as testemunhas (notadamente as suas), no sentido de verificar a existência da boa-fé e benfeitorias, pressupostos *negativos* que presentes no caso, obstam o deferimento da liminar.

5. Conclusão

Durante todo o trabalho, foi abordado exhaustivamente dois institutos que nada mais são senão efeitos da posse. De fato, tanto o interdito possessório de reintegração (liminar), como o direito (embargos) de retenção são efeitos da posse. Por esta razão, ambos institutos devem ser compatibilizados para, no caso concreto, verificar-se a primazia de cada um. Não há que se hierarquizar estes efeitos de modo a conceber a *liminar* como direito superior. Pois o *jus retentionis* dá direito ao retentor (possuidor) de usar os mesmos interditos possessórios para proteção da posse de seu direito de retenção.

Também se pode concluir que, de acordo com o parágrafo único do art. 1.214, haverá o direito de retenção dos frutos pendentes, se não forem ressarcidas as despesas de produção e custeio, consistentes em acréscimos e melhoramentos que viabilizou esta produção e o custeio dos frutos. De igual forma, surgirá o direito de retenção para aquele que, de boa-fé obrou na feitura de acessões industriais (construções e plantações) úteis e necessárias, eis que equiparadas às benfeitorias, dadas as semelhanças entre os institutos, e devido às vezes à dificuldade de distinção entre eles. Deve-se primar pela aplicação do regime jurídico mais benéfico ao possuidor de boa-fé, permitindo a *exceptio retentionis*, pois ambas são feitas com sua intervenção.

Destarte, pela atual interpretação do ordenamento vigente, Tem-se a seguinte e hipotética situação (além de injusta): havendo o direito (material) de retenção, em qualquer das hipóteses acima, o justo possuidor, esbulhado em sua posse pelo possuidor injusto (mas de boa-fé), intenta a reintegração possessória de caráter *liminar* (pelo art. 928 – *posse nova*), ou pleiteia a *antecipação de tutela* (fundada no art. 273, I - *posse velha*), demonstrando apenas os requisitos do art. 927, sem contudo, provar a má-fé, ou mesmo a inexistência de benfeitorias. Se não deferida liminarmente, o magistrado designa audiência de justificação na qual procede à oitivas das testemunhas do autor, vedando no entanto a oitiva das testemunhas do réu, acerca dos pressupostos da liminar. Não satisfeito, o juiz indefere reperguntas do réu (seu advogado) sobre inexistência de má-fé (claro

que não feita nestes termos); de que se trata de terceiro envolvido na lide, de boa-fé; ou da existência de benfeitorias.

Deferida a liminar, o réu não possui material suficiente para instruir o agravo de instrumento, pois a prova documental só demonstra depoimentos das testemunhas do autor, tendo sido vedado o contraditório na audiência. No juízo de retratação o magistrado não se convence de que a liminar fundada tão-só no art. 927 causou prejuízo ao direito de retenção (pois não foram provados os demais requisitos), mantendo sua decisão. No Tribunal, além de indeferido o pedido de efeito suspensivo, posteriormente foi negado provimento ao seu recurso.

Deduzido o pedido de caução, este fora negado por ser entendido como inconstitucional o art. 925 do CPC. Na contestação, argüida a *exceptio retentionis*, o magistrado não a reconhece como *fato novo*, apto a ensejar nova decisão de revogação da *liminar típica*, ou da antecipação de tutela (art. 273, §4º), postergando para a fase decisória, depois de realizada toda a instrução. Na sentença, ainda que reconhecido o *jus retentionis*, e revogada a liminar em virtude dele, por causa da apelação interposta pelo autor ter sido recebida nos efeitos devolutivo e suspensivo, a situação não muda, continuando o autor na posse do bem, e prejudicado definitivamente, o direito de retenção do réu.

Finalmente, intentada ação indenizatória pelo réu, mesmo com a concessão da tutela antecipada, este não obtém sucesso, pois o autor só possui aquele bem (imóvel, por exemplo), objeto da possessória, ficando sem o célere ressarcimento, pois tal bem no caso, é considerado *bem de família legal*.

Diante do quadro acima se pergunta: é justo o ocorrido? Será justo que o direito *material* de retenção não receba a devida tutela *processual*? E o direito à indenização, que ficou prejudicado? Será que o réu só deve ter reconhecido o seu *jus retentionis* após o trânsito em julgado da decisão e desta forma coagir o autor a ressarcir-lo? Se este trabalho conseguir colocar um mínimo de dúvida na mente de seus leitores, já terá conseguido alcançar um de seus objetivos.

Com efeito, o princípio que opera e dá vida ao direito de indenização por benfeitorias, sendo por isso, seu corolário, é o *Princípio da Vedação do Enriquecimento sem causa*, hoje positivado definitivamente nos arts. 884 a 886 do CC. O direito de retenção, por sua vez, constitui-se em direito *accessório* e

subsidiário do direito de indenização por benfeitorias, sendo a *boa-fé*, o seu elemento *adjetivador*. Trata-se de direito que tem por finalidade resguardar a eficácia do dever de indenizar (*de restituir o indevidamente auferido*), fortalecendo o princípio acima aludido. De modo que, eliminar o *jus retentionis* é deixar sem proteção o direito de indenização.

Apesar de direito pessoal, o *direito de retenção* prefere a muitos direitos reais, *inclusive a posse*, peculiaridade que muitas vezes ocorre no embate de um direito real *versus* pessoal, não havendo nada de estranho nessa situação. O injusto possuidor, como *retentor*, não pratica esbulho ao reter a coisa, pois o faz licitamente, autorizado pela lei. Ademais, o art. 1.219 do CC (que garante o direito de retenção), não declara no dispositivo que o *justo possuidor*, ou o *possuidor a mais de ano e dia* poderá exercer o direito de retenção, mas sim o *possuidor de boa-fé*. Vale a lição de Bourguignon:

... o direito de retenção poderá ser exercido por quem seja possuidor, não importando se direto ou indireto, natural ou jurídico, com posse ad interdicta ou ad usucapionem, velha ou nova, justa ou injusta, mas influindo decisivamente a presença da boa-fé, tal como exige o art. 516 do CC. (BOURGUIGNON, 1999, p. 69) – (grifou-se).

Assim sendo, para o correto deferimento da liminar, mister se faz que se atenda aos seus pressupostos, constantes no art. 927 (e 273, sendo o caso); além da prova da má-fé, conforme ressaltado por Thereza Alvim e James Marins: “De má-fé, ao contrário, agiu o Réu, este sim usou da clandestinidade, da ilegalidade e do abuso de poder para fazer sua vontade, pois que desprotegida pelo Direito.” (ALVIM, 1994, p. 213).

Não podendo prová-la, que demonstre então que o réu não é terceiro envolvido na lide; e que não realizou benfeitorias no bem. Não há que se falar em discricionariedade na decisão da medida; presentes os requisitos, ela deve ser concedida. Se mesmo assim não observados os requisitos acima, e for deferida liminarmente a medida *inaudita altera parte*, deve o réu se socorrer dos meios de impugnação, como o agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo, e excepcionalmente, valer-se do mandado de segurança, seja para atacar a decisão (inclusive em sede dos Juizados Especiais Cíveis), seja para conceder o efeito suspensivo denegado no agravo, pelo relator.

Outro remédio que também pode ser utilizado é o requerimento de caução, instituto *plenamente constitucional*, se interpretado de forma a harmonizar-se com a Constituição, ou seja, que não basta apenas a prova de inidoneidade financeira do autor, mas de desacreditar a liminar concedida, demonstrando que o autor não tinha razão e que as perdas e danos consistem em prejuízos prováveis e não duvidosos e desconhecidos. Tendo o autor outros bens, a ação de indenização também pode ser manejada, inclusive com pedido de antecipação da tutela indenizatória.

Havendo justificação prévia (que não depende de pedido do autor), o contraditório deve ser observado e ouvidas as testemunhas pelo requerido arroladas, de maneira que estas, com seu depoimento possam evidenciar a ausência dos requisitos da medida antecipatória. A observância do contraditório se dá em razão dos princípios do *contraditório e da ampla defesa, do ativismo judicial, do caráter dúplice das ações possessórias e do devido processo legal*.

Os embargos (direito) de retenção devem ser veiculados no prazo e na forma da contestação, sob pena de preclusão (não se necessitando da reconvenção e do uso da inicial de embargos de retenção), dado o caráter dúplice das ações possessórias, que admite os pedidos contrapostos de proteção possessória do direito de retenção e de indenização por benfeitorias. A sentença, que é *executiva lato sensu*, desafia apelação sujeita apenas ao efeito devolutivo, revogando-se a liminar eventualmente concedida em virtude do reconhecimento do *jus retentionis*, sem que este influa na improcedência ou procedência da ação, que no último caso, terá condicionado o cumprimento do mandado, ao ressarcimento pelas benfeitorias.

Todavia, antes desta etapa, o juiz pode, no juízo de retratação do agravo, ou depois de ofertada a contestação, rever sua decisão, em virtude do *fato novo e impeditivo* em tese, do direito a liminar, que é o direito de retenção. A situação que retrata a existência do direito à antecipação de tutela e o direito de retenção é comentada por Bourguignon:

Esta situação deve levar o julgador a um criterioso sopesamento dos interesses (pretensões) a proteger, diante do nível, ou melhor, intensidade de provas produzidas e de outros elementos da situação a ser favorecida, tais como a duração a que está submetida a demanda, o risco de periclitamento da pretensão autoral (se for a hipótese do inciso I do art. 273), a agregação de valor que o réu tiver incrustado à coisa que pretende reter

e a higidez patrimonial daquele que for apontado como obrigado a indenizar as benfeitorias. (BOURGUIGNON, 1999, p. 283).

E o autor retro propõe uma solução:

Em todo caso, a solução de equilíbrio será, nestas hipóteses, exigir-se caução como condição da execução da tutela antecipada ou, caso tenha sido deferida e executada, de sua manutenção, desde que o réu, evidentemente, comprove de modo satisfatório os elementos integrantes de seu alegado direito de retenção.(BOURGUIGNON, 1999, p. 283).

É medida utilizada pelo juiz, em analogia ao art. 744, §3º do CPC, que permite a imissão da posse pelo credor nos embargos de retenção, desde que prestada a caução. No caso da reintegração liminar ter sido deferida, a exigência da caução acaba sendo um *pressuposto para a permanência da liminar concedida*.

A solução encontrada acima pela doutrina para resolver o embate remonta à aplicação de um dos princípios gerais do direito, mais precisamente do direito constitucional, que é o *Princípio da Proporcionalidade*. E se engana quem pensa que ele só se aplica entre direitos e garantias *fundamentais*, mas em todo “*conflito*” de direitos. Desdobra-se em três subprincípios: *princípio da adequação, princípio da necessidade e princípio da proporcionalidade em sentido estrito*. Segundo a doutrina:

O primeiro traduz uma exigência de compatibilidade entre o fim pretendido pela norma e os meios por ela enunciados para sua consecução.

(...).

A necessidade diz respeito ao fato de ser a medida restritiva de direitos indispensável à preservação do próprio direito por ela restringido ou a outro em igual ou superior patamar de importância, isto é, na procura do meio menos nocivo capaz de produzir o fim propugnado pela norma em questão. (...).

Por último, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito diz respeito a um sistema de valoração, na medida em que ao se garantir um direito muitas vezes é preciso restringir outro, situação juridicamente aceitável somente após um estudo teleológico, no qual se conclua que o direito juridicamente protegido por determinada norma apresenta conteúdo valorativamente superior ao restringido. (PEREIRA DE SOUZA, 2004).

Através da utilização deste princípio, o juiz ponderará, diante de diversos fatores, tais como se as provas documentais produzidas acerca do direito de retenção são suficientes, pois não fora ainda iniciada a instrução; o tempo a que a demanda perdura e a prejudicialidade ao direito de retenção com a demora na solução do litígio, o fundado receio de dano a que o autor está exposto; o *quantum* despendido na feitura das benfeitorias e a idoneidade patrimonial do

autor para ressarcir futuramente o valor das benfeitorias. Conclui-se que, somente a análise do caso concreto poderá dizer qual direito prevalecerá e dará lugar ao outro.

Hipoteticamente, dependendo do valor gasto com as benfeitorias, não sendo prestada a caução determinada judicialmente, é mister que se revogue a liminar concedida. A razão para a primazia pelo *jus retentionis* se dá ao fato de que o direito tutela a boa-fé. O possuidor supôs situação de fato que se existisse tornaria sua posse legítima. Fez benfeitorias no bem, de boa-fé, ignorando a posse viciosa em que se encontrara.

Ademais, no ordenamento jurídico pátrio encontra-se uma variedade de normas nas quais a boa-fé é protegida, tendo-se como exemplos o *casamento putativo* (no direito de família), a *legítima defesa putativa* (no direito penal).

O legislador do *processo* deve compatibilizar-se com o do *direito material* amoldando-se o máximo possível para que não ocorram situações injustas, pois o instituto da posse deve ser tratado no ordenamento visando à pacificação social. Não é *razoável* que, por meio do atendimento de requisitos *puramente objetivos*, sem demonstração de má-fé da parte requerida, o autor obtenha providência jurisdicional (tutela antecipada) apta a elidir outro direito (o de retenção), sem contudo, impugná-lo.

De nada adiantará para o credor das benfeitorias somente *alegar e mesmo provar* o direito de retenção, se o bem estiver nas mãos do devedor até o trânsito em julgado da decisão, uma vez que este direito não tem valor patrimonial, mas poder coativo de fazer o devedor *restituir o valor das benfeitorias*. O seu reconhecimento é evidente, conforme demonstra a jurisprudência:

3. *Benfeitorias. Direito de Retenção. Exercício contra o autor da ação.*

O possuidor de boa-fé tem direito de indenização e retenção a ser exercido contra o autor da ação possessória ou reivindicatória, para evitar o seu enriquecimento sem causa, e não contra o terceiro de quem recebeu o bem (art. 516 do CC). (BOURGUIGNON, 1999, p. 50).

Benfeitorias – Direito de Retenção – Adquirente de boa-fé

(...) o adquirente de boa-fé tem direito de retenção por benfeitorias úteis ou necessárias. (TJSP, Ap. 252.278, j.16.9.76, Jurisprudência Brasileira, 82/239 apud ALVIM, 1994, p. 213).

Direito de retenção – Benfeitorias necessárias e úteis – Privilégio especial do credor de boa-fé – Apelação provida em parte.

Tem privilégio especial e direito de retenção sobre a coisa beneficiada o credor de boa-fé, por benfeitorias necessárias e úteis (...), até lhe serem atualizadas. (RT 451:265 apud ALVIM, 1994, p. 213).

Porém, não basta tão-só o reconhecimento *jurídico*, mas sobretudo *fático*, vale dizer, no mundo dos fatos, da realidade sensível, de forma que o direito processual atenda aos anseios de uma sociedade, que busca no Poder Judiciário a esperança na correta instrumentalização e tutela efetiva de seu direito (material) posto em juízo. Somente dessa forma terá o processo civil, a efetividade que ele necessita, bem como o prestígio que o Poder Judiciário almeja, enquanto instituição que chamou para si a responsabilidade na resolução dos conflitos de interesse.

Entrevistas

Neste anexo de entrevistas, procurou-se fazer, de forma paralela ao trabalho, uma colheita de opiniões dos profissionais que atuam na área forense. Por esta razão, as seguintes questões foram respondidas sem a consulta prévia desta obra, para o fim de se saber qual é o pensamento atual dos operadores do direito em torno do tema em pauta.

Foram entrevistados os advogados Dr. Jefferson Fernandes Negri e Dr. Francisco Tadeu Pelim, atuantes na área cível; e também foi feita entrevista com o Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz de Direito, Titular da 4ª Vara Cível da Comarca de Presidente Prudente - SP, Luiz Carlos de Carvalho Moreira.

As questões versam sobre os principais pontos desta obra:

01) Você é favorável ou contrário à admissão do contraditório na audiência de justificação prévia, em ação possessória, consistente na oitiva de testemunhas do réu? Por quê?

Dr. Jefferson Fernandes Negri:

- É cediço que a audiência de justificação prévia, prevista no artigo 928 do Código de Processo Civil, a princípio, funciona como uma segunda chance atribuída pelo legislador ao postulante, a fim de que este produza as provas aptas à expedição do mandado liminar pleiteado, as quais, consoante juízo preliminar do magistrado competente, não constavam dos documentos acostados à exordial. Entendemos aconselhável que sejam atribuídas ao réu determinadas prerrogativas, como as de, na referida audiência, apresentar contradita às testemunhas arroladas pelo autor (artigo 414, §1º, do CPC), formular reperguntas (artigo 416 do CPC), e, por que não, produzir provas aptas a influir no convencimento do juiz acerca do deferimento ou não da liminar. Todavia, frise-se, “produzir provas” através dos depoimentos das testemunhas arroladas pelo autor. Desse modo, ao réu, a nosso ver, não é dada a possibilidade de prestar interrogatório, muito menos arrolar testemunhas, sob pena de instaurar-se no processo verdadeiro tumulto procedimental, visto que tais atos deverão ser realizados em outras fases. Desse modo, preferimos orientação intermediária,

que não inviabiliza o contraditório, eis valorizar a participação do réu na audiência, não o relegando a simples ouvinte, mas, limitando sua atuação às questões concernentes ao deferimento ou não da liminar. Isso significa que “reperguntar”, por exemplo, não significa que é dada ao réu a prerrogativa de tentar produzir outras provas, ligadas ao mérito da questão, mas sim esclarecer pontos obscuros das respostas das testemunhas do autor. Desse modo, acomoda-se a aparente colisão de princípios constitucionais; do contraditório, que será respeitado pela participação efetiva do réu na audiência; do devido processo legal, eis que não serão invertidas as fases procedimentais, não procedendo à inquirição das testemunhas arroladas pelo réu, nem seu depoimento pessoal; respeitando-se, acima de tudo, a busca pela verdade real.

Dr. Francisco Tadeu Pelim:

- Não sou favorável à oitiva de testemunhas do réu na audiência de justificação prévia, isto por questões muito simples, pois a prova testemunhal produzida nesta fase procedimental é destinada à obtenção da liminar, não constituindo base de pré-julgamento da causa, sendo imperioso portanto que o contraditório em tal audiência, limite-se, por parte do réu, ao oferecimento de contraditas e não na oitiva de suas testemunhas. Destarte, ampliar o contraditório de tal monta que se possibilite a ouvida de testemunhas do réu na fase de justificação, importaria em inafastável prejuízo da tese levantada pelo autor, com inversão do já mencionado contraditório, resultando em nulidade processual. Ainda que se admita a repergunta por parte do réu com relação às testemunhas do autor, esta deve limitar-se aos pontos controvertidos ou obscuros do depoimento pessoal do autor ou decorrentes das inquirições de suas testemunhas.

Dr. Luiz Carlos de Carvalho Moreira:

- Sou a favor com ressalvas. A parte contrária comparecendo com advogado já contribuirá preciosamente para o contraditório trazendo as observações que forem úteis para o esclarecimento do caso, além é claro, da possibilidade de conduzir as reperguntas. Sempre que possível mando citar o réu para que se garanta um mínimo de equilíbrio quanto às informações necessárias que cercam o fato. Admito até manifestação por escrito do réu na audiência de justificação.

02) *Para a concessão de liminar possessória, deve ser demonstrada, além dos requisitos do artigo 927 do CPC, também a má-fé do réu? Por quê?*

Dr. Jefferson Fernandes Negri:

- Acreditamos que não. Cabe ao autor cumprir os requisitos dos artigos 282 e 927 do Código de Processo Civil, demonstrando através de provas a viabilidade do seu pedido de urgência, como determina o artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil. Nada mais, se é que isso é pouco. Vincular a concessão da liminar a demonstração de eventual má-fé do réu é destinar ao autor encargo probatório demasiadamente pesado. Aliás, podem existir situações onde, não obstante o réu não tenha agido com má-fé, seja o autor merecedor da liminar. Desse modo, a caracterização da má-fé, a nosso ver, não está relacionada com a concessão ou não da liminar. Tal elemento subjetivo, poderá, e até deverá, a nosso ver, ser analisado, posteriormente, em havendo controvérsia sobre direito de retenção por benfeitorias necessárias ou úteis, mas não como requisito para concessão da liminar.

Dr. Francisco Tadeu Pelim:

- Não é necessário que se demonstre a má-fé do réu, pois o autor pode fazer jus ao provimento jurisdicional favorável em sede de liminar, mesmo em casos em que o demandado esteja de boa-fé, e daí poder se extrair o corolário de que é desnecessária a produção de provas tendentes a demonstrar este estado subjetivo do requerido.

Dr. Luiz Carlos de Carvalho Moreira:

- A má-fé do requerido é elemento intrínseco da turbação ou do esbulho. Embora não conste expressamente dos requisitos do art. 927 do Código de Processo Civil, a turbação ou esbulho deverá necessariamente estar informada pela má-fé, caso contrário não se caracterizaria a clandestinidade.

03) *Qual o momento processual para a arguição do direito de retenção por benfeitorias nas ações possessórias?*

Dr. Jefferson Fernandes Negri:

- O exercício do direito de retenção nas ações possessórias, a nosso ver, deverá ser realizado através de pedido contraposto incluído na peça de resposta, neste caso, contestação; ou, em caso de não aceitação desta hipótese pelo juiz, através do recurso cabível, ou seja, agravo de instrumento.

Dr. Francisco Tadeu Pelim:

- O momento processual oportuno para se invocar o direito de retenção ocorre no mesmo momento em que se dá a contestação, sob pena de preclusão.

04) Qual a solução que o ordenamento jurídico fornece para o caso de existência concomitante do direito à reintegração liminar com o direito de retenção por benfeitorias?

Dr. Jefferson Fernandes Negri:

- A alternativa encontrada pela doutrina e jurisprudência a fim de solucionar o problema, foi a de conferir ao réu a possibilidade de opor eventual direito de retenção por benfeitorias, necessárias ou úteis, através de pedido contraposto realizado em sede de contestação, tendo em vista o caráter dúplice das ações possessórias. Desse modo, julgada procedente a ação possessória, concomitantemente, poderá ser reconhecido ao réu, se este for o caso, o direito de suspender a eficácia da aludida decisão, ao menos até que o autor o indenize pelas benfeitorias reconhecidas judicialmente. Necessária, pois, a aludida construção a fim de se adequar a estrutura do Código de Processo Civil, de 1973, influenciado pela então adotada classificação trinária das ações, com a nova realidade que se impõe, e que admite a classificação quinária das ações, e com a busca de efetividade do processo. Caso contrário, estaria inviabilizado para o réu o exercício do direito de retenção pelas benfeitorias que, de boa-fé, realizou no imóvel, remetendo-o a processo autônomo.

Dr. Francisco Tadeu Pelim:

- Acredito que no momento processual em que é concedida a liminar, não será possível ao juízo ter apreciado eventual pedido de retenção por benfeitorias, que em conformidade com a construção doutrinária e jurisprudencial, deverá ser oposta no exato momento em que se oferecer a resposta, ou seja, com a

contestação, sob a forma de pedido contraposto. Feitas estas considerações, caso o juiz conceda ao autor a liminar pleiteada de reintegração de posse com ou sem a realização de justificação prévia, acredito que seria difícilimo que este mesmo juízo venha a conceder o direito de retenção por benfeitorias, a não ser que o réu por meio de agravo de instrumento modifique a decisão de primeiro grau, com a conseqüente revogação da medida concedida, pois a coexistência simultânea da reintegração ao autor e da retenção ao réu me parecem impraticáveis, já que um há de excluir o outro. Caso o réu não interponha agravo de instrumento, ou interpondo este não lhe seja favorável, entendo que, a ele caberá tão somente pleitear o direito à indenização através do ajuizamento de ação ressarcitória autônoma.

Dr. Luiz Carlos de Carvalho Moreira:

- O direito de retenção por benfeitorias pode ser assegurado mediante caução a ser exigida do autor como condição para a concessão da liminar ou com a inversão da posse por ocasião da liquidação do direito, caso haja recusa ou demora do autor em indenizar.

Referências bibliográficas

ALVIM, Thereza. Ação de reintegração de posse de aeronave promovida pelo promitente comprador – direito de retenção por benfeitorias úteis e necessárias / Thereza Alvim, James Marins. **Revista de Processo**, Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 76, p. 209-217, jul./set. 1994.

BARBOSA, Rui. **Posse de direitos pessoais**. IHERING, Rudolf von. **Teoria simplificada da posse**. Apresentação Orlando Gomes; edição cuidada por Alcides Tomasetti Jr. – São Paulo: Saraiva, 1986.

BRASIL. **Código civil – Código de processo civil – Constituição federal**. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Yussef Said Cahali. 5ª edição atualizada até 13.01.2003. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Tribunal de Alçada Cível, 1. Embargos de retenção por benfeitorias – Dedução feita apenas em execução de sentença de reintegração de posse – Admissibilidade – Momento em que o executado, já vencido na questão principal, tem efetivo interesse em fazer valer seu direito de reembolso – Faculdade, ademais, reconhecida na decisão exequenda – Aplicação do art. 744 do CPC. (AI 431.396-2 – 8ª C. – j. 21.3.90 – rel. Juiz Pinheiro Franco.) **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 653, p. 140-141, mar. 1990.

_____. Tribunal de Alçada Cível, 1. Possessória – Reintegração de posse – Audiência de justificação prévia – Oitiva de testemunhas arroladas pelo réu – Indeferimento – Inadmissibilidade – Inteligência do art. 928 do CPC – Declarações de votos vencedor e vencido. (AI 349.930 – 5ª C. – j. 19.2.86 – rel. Juiz Carlos de Carvalho.) **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 609, p. 98-101, jul. 1986.

_____. Tribunal de Alçada Cível, 1. Possessória – Reintegração de posse. Liminar. Posse precária. Notificação para desocupação do imóvel efetuada há menos de ano e dia. Hipótese de ação de “força nova”. Atendimento aos requisitos elencados no art. 927 do Código de Processo Civil. Recurso improvido (1º Tacivil – 11ª Câmara; AI nº 1.082.489-4-SP; Rel. Juiz Melo Colombi; j. 16/5/2002; v.u.) **Boletim AASP**. São Paulo, n. 2343, p. 2876-2877, dez. 2000.

_____. Tribunal de Justiça do Mato Grosso. Benfeitorias – Retenção – Direito – Momento em que deve ser deduzido – Requisitos a serem atendidos – Aplicação do art. 744, §1.º do Código de Processo Civil. Apelação cível n. 9.093. Apelantes: Ítalo Ornelas Saravi e sua mulher. Apelada: Jamic – Imigração e Colonização Ltda. Relator: Juiz Jesus de Oliveira Sobrinho. Cuiabá, 10 de abril de 1978. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 521, p. 199-207, mar. 1979.

_____. Tribunal de Justiça do Mato Grosso. Possessória – Liminar – Provas pelo réu – Oferecimento inoportuno – Aplicação do art. 930 do CPC. (TJMT – AI 2.713 – Diamantino – 2ª C. – j. 26.4.83 – rel. Des. Ernani Vieira de Souza – v. u.) **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 586, p. 208, ago. 1984.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Possessória – Justificação prévia – Testemunhas indicadas pelo réu – Faculdade do juiz em ouvi-las – Discussão inadmissível sobre legitimidade do réu – Agravo não provido. (TJSP – AI 249.960 – Capital – j. 9.4.76 – rel. Des. Azevedo Franceschini.) **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 499, p. 105-106, mai. 1977.

BOURGUIGNON, Álvaro Manoel Rosindo. **Embargos de retenção por benfeitorias e outras questões relativas ao exercício judicial do direito de retenção por benfeitorias**. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CAMARA FILHO, Roberto Mattoso. **A posse e as ações possessórias**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CAPANEMA DE SOUZA, Sylvio. **A posse e as ações possessórias: as liminares nas ações possessórias; recursos; manutenção após sentença de primeiro grau e interposição de recurso; interdito proibitório**. Presidente Prudente, 2003. FITA DE VÍDEO.

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

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Manual dos Juizados Cíveis**. 2ª edição. São Paulo: Editora M, 2001.

_____. **Fundamentos do processo civil moderno, Vol. II**. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, 4º Volume: direito das coisas**. 18ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

EXAME DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 123., 2004, São Paulo, **Civil – Ponto 1 - Gabarito – 2ª fase**. São Paulo: Ordem dos Advogados do Brasil, 2004. Disponível em <<http://www.oabsp.org.br/main2.asp?pg=2.10.24.9>>. Acesso em: 30 jun. 2004.

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

IHERING, Rudolf von. **Teoria simplificada da posse**: tradução de Pinto de Aguiar. Bauru: EDIPRO, 1998.

LARA, Betina Rizzato. **Liminares no processo civil**. 2ª edição, atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MARCATO, Antônio Carlos. **Procedimentos especiais**. 8ª edição, 2ª tiragem revista, atualizada e ampliada, incluindo a ação monitória introduzida pela Lei 9.079/95. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

MENDES PEREIRA, Carlos Alberto de Campos. **A disputa da posse**. São Paulo: Ltr, 1999.

MEZZOMO, Marcelo Colombelli. **Da (im) possibilidade de antecipação de tutela nos pleitos possessórios**. Disponível em <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3542>>. Acesso em: 13 dez. 2003.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil, V. 3**: direito das coisas. 37ª edição, revista e atualizada por Carlos Alberto Dabus Maluf de acordo com o Novo Código Civil (Lei 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2003.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**: atualizado até 7 de julho de 2003. 7ª ed. rev. e ampl. / Nelson Nery Júnior, Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**: adendo à 6ª edição / Nelson Nery Júnior, Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Novo código civil e legislação extravagante anotados**. Atualizado até 15.03.2002 / Nelson Nery Júnior, Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. **Ações possessórias** - Enfoque sobre a cognição – São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

ORIONE NETO, Luiz. **Liminares no processo civil e legislação processual civil extravagante**. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Método, 2002.

PEREIRA DE SOUZA, Carlos Affonso. **O Princípio da Razoabilidade e o Princípio da Proporcionalidade: uma abordagem constitucional** / Carlos Affonso Pereira de Souza, Patrícia Regina Pinheiro Sampaio. Disponível em <http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet_jur/cafpatriz.html>. Acesso em: 25 jul. 2004.

PIETROSKI, Tercílio. **Momento processual para postular direito de retenção por benfeitorias nas ações executivas “lato sensu”**. Revista dos Tribunais n. 648/55.

PRADO, Luiz Regis. **Código penal anotado e legislação complementar** / Luiz Regis Prado, Cezar Roberto Bitencourt. – 2. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

RIOS GONÇALVES, Marcus Vinícius. **Sinopses jurídicas, V. 13: procedimentos especiais**. São Paulo: Saraiva, 1999.

RAO, Vicente. **Posse de direitos pessoais segundo o Código Civil Brasileiro**. São Paulo.

ROBERTO GONÇAVES, Carlos. **Sinopses jurídicas, V. 1: direito das coisas**. São Paulo: Saraiva, 2001.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil, V. 5: direito das coisas**. 27ª edição, atualizada de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406, de 10 – 1 - 2002). São Paulo: Saraiva. 2002.

SANTIAGO JÚNIOR, Aluísio. **Posse e ações possessórias**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

SILVA PEREIRA, Caio Mário da. **A posse e as ações possessórias: natureza jurídica da posse – fundamento da tutela da posse**. Presidente Prudente, 2003. FITA DE VIDEO.

_____. **Instituições de direito civil, Vol. IV: direitos reais**. 18ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil, Volume I**. 28ª Edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002.

_____. **Curso de direito processual civil, Volume III.** 31ª Edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** direitos reais. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2003.