

Tutela antecipatória nas lides possessórias: necessidade de resguardo da função social

Aline Maria da Rocha Lemos¹

SUMÁRIO: 1- Reflexões introdutórias; 2- Algumas considerações sobre a posse; 3- A medida liminar e a proteção da posse nova; 3.1- Momentos procedimentais oportunos para a apreciação do pedido liminar; 3.2 – Embates sociais e a defesa possessória; 4- A tutela antecipada na proteção da posse velha; 5- O uso de tutela específica na proteção possessória; 6- À guisa de conclusão.

1- Reflexões introdutórias:

“Todo este trecho aqui, de uma a outra linha, com suas matas e campinas ricas, com rios caudalosos e seus prados de larga bordadura, te pertencem. De tua prole e de Albânia, como posse perpétua vai ficar. Que diz agora nossa segunda filha, a queridíssima Regane, esposa de Cornualha? (...)”²

Com efeito, a história Shakespeariana retrata a realidade incontestada das diversas sociedades. A posse é herdada entre clãs familiares³, também é ela objeto de disputa irracional entre as pessoas. Na ficção, uma vez na posse das terras, as duas filhas - Goreil e Regane - logo encetam uma série de contatos, a fim de usurpar o reino de Lear, e é neste contexto, de vilanias e traições, que se desenvolve toda a famosa peça de Shakespeare.

¹ Professora UNIFACS, UNIVERSO e advogada. Graduada em Administração de Empresas e Direito pela UFBA e UnP. Possui Mestrado em Direito Constitucional pela UFRN e especializações em Direito Público e Processo Civil . Foi assessora judiciária do TJRN. Atuou prestando serviços de assessoria jurídica à Procuradoria Geral do Estado do RN. Foi auditora da Price WaterHouse Coopers Auditores Independentes.

² SHAKESPEARE, William. *Rei Lear*, p. 16.

³ No Direito brasileiro, a posse em si mesma não pode ser objeto de alienação e nem é transferida por sucessão. A posse é uma situação de fato. Mas, os direitos decorrentes da posse podem ser alienados ou transferidos via sucessão.

Na realidade, “A arte que imita a vida, que imita a arte que... é a própria vida” e surgem disputas pela posse no meio social. Logo, devido a sua importância de ordem prática, merece que seja tratada de forma precisa pelo ordenamento jurídico, para que os direitos patrimoniais postos em liça sejam efetivamente resolvidos.⁴

Revela-se a posse, quando alguém exerce, ou tem o poder de exercer, algum dos poderes correspondentes ao direito de propriedade, como guarda, uso, gozo ou disponibilidade de uma coisa. Mas, encontrar-se na posse não significa, necessariamente ter direito a ela.

A lei dá proteção ao possuidor, mediante institutos processuais, quais sejam, os interditos possessórios, independentemente de prévia comprovação do direito à posse, mas pelo fato de posse fática do bem.⁵ Se no decorrer do processo, ou ao seu final, restar comprovado que a ela não se apóia em algum direito subjetivo, seja real (propriedade, servidão, usufruto) ou obrigacional (arrendamento, comodato e outros) cessará a tutela judicial.⁶

A posse recebe a tutela estatal, em decorrência do seu caráter socioeconômico potestativo, e ainda, ou melhor, diante da sua função social, econômica e política que desempenha, por si só, em toda sociedade organizada. Permite-se, com a sua proteção, que

⁴ Em âmbito familiar, a posse de imóveis não foge de disputa. Surgem diversas ações envolvendo confronto entre parentes. Neste sentido: “USUCAPIÃO - Incabível a pretensão da herdeira de somar posse da falência tia, se esta deixou outros irmãos que o sucedido José Victor da Silva na linha direta sucessória - posse diversa da portada pela promovente e não-exclusiva, anteriormente à abertura da sucessão - Direitos dominiais e possessórios de *de cuius* transmitidos, por igual, a todos herdeiros colaterais do mesmo grau e não só ao irmão José Victor - Ação improcedente - Recurso não provido.” (Apelação Cível n. 268.394-1 - Patrocínio Paulista- 3ª Câmara de Férias "B" de Direito Privado - Relator: Alfredo Migliore - 30.07.96 - v.u.).

⁵ As ações possessórias (interditos possessórios) classificam-se em: reintegração, nos casos de esbulho; manutenção, nas turbações; interdito proibitório, quando a posse resta ameaçada. Convém destacar, que só as ações possessórias reclamam a fungibilidade, ou seja, admite-se uma ação possessória por outra. Nas ações petórias, a posse é veiculada como causa de pedir, uma vez que a sua tutela ocorre com base no direito de propriedade. Não se discute nestas, exclusivamente, a disputa da posse, e por isso não podem ser entendidas como ações possessórias *stricto sensu*. São espécies de ação petória: a imissão na posse e reivindicatória. Nesta, o proprietário requer a posse que já teve e perdeu, naquela é reclamada a que nunca se teve.

⁶ NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil – Direito das coisas*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 28.

os bens da vida atinjam o seu escopo em benefício do possuidor e no cumprimento das necessidades coletivas.⁷

Dentro desta ótica, é plenamente possível que a função social seja razão para se atingir, ou não, a proteção possessória, isto é, a função social é um pressuposto necessário para a sua defesa.

Nos tempos coevos, a ciência jurídica passa a olhar, de forma mais coerente, para a finalidade dos institutos jurídicos. O maior interesse é direcionar o seu papel e missão no contexto social, na busca pela solidariedade e pelo bem comum. E, assim, a função social se dirige à propriedade, à posse ou a qualquer direito subjetivo.⁸

A necessidade de seu resguardo é, portanto, algo irrefutável, mas divergem as opiniões quanto ao seu fundamento. É que a tutela, no ordenamento pátrio, pode gerar situações claudicantes, na medida que a lei parte da presunção de que a posse, violentada ou ameaçada, reveste-se de justo título.⁹

Neste passo, pode-se acabar por proteger aquele de não tem efetivamente direito à posse. Na forma legal, a proteção possessória é um dos seus efeitos e dá-se mediante o desforço possessório (legítima defesa, defesa direta) e pelas ações possessórias. Nestas, resguarda-se, em um primeiro momento, para depois verificar a sua legalidade.

⁷ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Liminares nas ações possessórias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 41.

⁸ Interessante visualizar, neste contexto, a necessidade de que as normas jurídicas direcionem a busca pela solidariedade e o bem comum. Ainda hoje, “*as calamidades públicas são a expectativa e a esperança de uma multidão de particulares: uns querem as moléstias, outros, a mortalidade; outros, a guerra; outros, a fome.*” Não está fora de moda a idéia de que o homem é bom, mas acaba por ser corrompido. Cf. Jean-Jacques Rousseau. *Discurso Sobre a Origem da Desigualdade*. Disponível em: <http://www.culturabrasil.org/dadesigualdaderousseau.htm#5>. Acesso em 16.08.2007.

⁹ Em algumas situações, mostra-se mais razoável a proteção do invasor. Porém, não se está aqui a defender invasões de terra ou de propriedade, mas mostrar a pertinência, em determinadas situações, de se proteger a função social da posse e da propriedade, garantindo-se a permanência das pessoas, até se achar uma decisão mais humana. Vale conferir, a decisão proferida no Agravo de Instrumento Nº 70016461444, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Henrique Osvaldo Poeta Roenick, julgado em 15/08/2006.

Observa-se que, em muitas situações, a função social da posse não é prestigiada, sendo entendida como desnecessária. Seguindo-se, pois, a nefasta idéia de que o patrimônio deve ser protegido em primeiro lugar.

Dessa feita, Luiz Edson Fachin chama-nos atenção para que os estatutos fundamentais da posse e propriedade saiam do santuário do clássico privado e restem definitivamente constitucionalizados. A “publicização” da posse revela a sua importância ao uso e gozo das coisas pelas pessoas, para a satisfação de suas necessidades vitais. Trata-se de concessão à necessidade, ao lado das exigências da política de implementação da reforma agrária.¹⁰

Assim, o ordenamento oferece institutos antecipatórios a sua proteção. Pode-se pleitear uma medida liminar para reintegração ou manutenção, em face de uma turbacão ou esbulho, quando estas situações ocorrerem no prazo de ano e dia (posse nova). Enquanto que, na posse velha, quando o constrangimento possessório alcançar prazo maior que ano e dia, a liminar antecipatória não é possível, mas há possibilidade de concessão de tutela antecipada, nos moldes do art. 273 do Código de Processo Civil.

Claramente, para se conceder tutelas antecipatórias nas lides possessórias, além dos requisitos processuais mencionados, é necessário verificar o cumprimento de sua função social, para a devida proteção.

2- Algumas considerações sobre a posse

O estudo das tutelas antecipatórias nas possessórias não prescinde de uma abordagem, ainda que sucinta, sobre o instituto da posse, em especial seu conceito, natureza jurídica, objeto e classificação.

¹⁰ *In* Leituras Complementares de Direito Civil: o direito civil-constitucional em concreto. FARIAS, Cristiano Chaves de. (Org.). Salvador: Juspodium, 2007, p. 269/275.

Há divergências quanto ser a posse um direito ou uma situação fática. Em sede doutrinária, há duas teorias acerca do conceito de posse: a subjetiva e a objetiva.

Savigny desenvolveu a teoria subjetiva, segundo a qual a posse nasce de dois elementos, quais sejam, o poder físico da pessoa sobre a coisa (*corpus*) e a vontade do possuidor de ter a coisa como sua (*animus*). Ao seu pensar, sem o caráter volitivo ocorre apenas a detenção. Ihering, por sua vez, sustentou a teoria objetiva, que assentava na posse o poder de fato sobre a coisa, diferentemente da propriedade, que é o poder de direito sobre a coisa.¹¹

Na doutrina pátria, Silvio Rodrigues esclarece que a posse consiste numa relação entre pessoa e coisa, fundada na vontade do possuidor, criando uma mera relação de fato. Já a propriedade, traduz-se numa relação entre pessoa e coisa, que advém da vontade objetiva da lei, implicando um poder jurídico e estabelecendo uma relação de direito.¹²

O Código Civil de 2002 conserva a mesma linha de redação dada ao Código de 1916. A teor do art. 1.196, “*Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade*”. Vê-se que restou mantida a teoria objetiva de Ihering;¹³ igualmente a legislação não chegou a conferir a posse à natureza de direito real.

O atual Código Civil, aliás, considera adquirida a posse desde o momento em que se torna possível o exercício, em nome próprio, de qualquer dos poderes inerentes à propriedade (art. 1.204). Permanece também o conceito de detentor no art. 1.198, com a novidade de no seu parágrafo único restar plasmada a presunção relativa da qualidade de detentor.

¹¹ SANTOS, Nelton dos. *Código de Processo Civil interpretado*. MARCATO, Antonio Carlos (Coord). São Paulo, Atlas, 2005, p. 2466. Cf. IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*, trad. João de Vasconcelos, Rio de Janeiro: Forense, 1972.

¹² *Direitos das Coisas*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 21.

¹³ Parte da doutrina entende que o atual Código Civil, repetindo a mesma idéia da ordem anterior, não consagrou totalmente a teoria objetiva. Cf. MOREIRA ALVES, *Posse - evolução histórica*. V.1, p. 336-371. GOMES, Orlando. *Direitos reais*, p. 24.

Em que pese o entendimento legislativo, não são poucas vezes que discutem se a posse tem natureza jurídica de um direito real ou pessoal. Na arguta visão de Farias e Rosenvald, a posse se manifesta de forma plural e pode ser de três maneiras diferenciadas.

A uma, quando o proprietário é possuidor de seu próprio bem, momento em que a posse é vista como direito real, na visão restrita do art. 1.196 do Código Civil. A duas, como uma relação obrigacional, p. ex., um contrato de locação, promessa de compra e venda, ou comodato. A três, a posse tem condão real ou obrigacional, emanada exclusivamente de uma situação fática existencial, de apossamento e ocupação da coisa, cuja natureza autônoma escapa do exame das teorias tradicionais e onde reside a função social da posse.¹⁴

A propósito, como a posse é um poder fático sobre a coisa, só as coisas corpóreas, ou seja, tangíveis, podem ser objeto.¹⁵ A pretensão possessória decorre da posse mediata ou imediata sobre o bem. Tanto a posse direta, que incide imediatamente sobre a coisa corpórea, como a indireta, decorrente de uma relação jurídica de direito real ou pessoal, merecem proteção.

Cumprido perceber, destarte, que a função social da propriedade recebeu posituação expressa pela Constituição de 1988, art. 5º, XXIII; art. 182, § 2º; art. 185, parágrafo único; art. 186 e pelo Código Civil, no art. 1.228, § 1º, mas da mesma forma não ocorreu com a posse.

Pela falta de previsão, não se pode deixar de interpretar as normas civis à luz dos princípios constitucionais, especialmente sobre o princípio da dignidade da pessoa humana. Surge, assim, a idéia de posse como instrumento de redução das desigualdades sociais e justiça distributiva.¹⁶

¹⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 37/38.

¹⁵ Vale ressaltar as seguintes súmulas: 262/STF: “*Não cabe medida possessória liminar para liberação alfandegária de automóvel.*”; 487/STF: “*Será deferida a posse a quem evidentemente tiver o domínio, se com base neste for disputada.*” 228/STJ: “*É inadmissível o interdito proibitório para a proteção do direito autoral.*”

¹⁶ FARIAS; ROSENVALD. p. 42-43.

É que toda atividade econômica privada, tanto a titularidade dominial, quanto o exercício de direitos patrimoniais, vincula-se aos princípios fundamentais da república, dispostos no Título I da Constituição Federal, que tem como fundamentos, dentre outros, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e valor social do trabalho e da livre iniciativa.¹⁷

O art. 1.223, CC, ao contrário do art. 520 do Código antigo, remete que a perda da posse ocorre quando cessa, embora contra a vontade do possuidor, o poder de fato sobre a coisa. Ao revés do art. 508, do Código de Beviláqua, o atual absteve-se de dispor sobre a disciplina do rito procedimental da tutela da posse, muito embora tenha colocado a possibilidade de ação de esbulho ou de indenização contra terceiro, que recebera a coisa esbulhada consciente dessa circunstância (art. 1.212).

Importante verificar a classificação da posse, pois, a depender de suas características, o tratamento processual para assegurá-la será diferenciado.

De acordo com a forma aquisitiva, a posse pode ser justa ou injusta. Quando adquirida de forma violenta, clandestina ou precária será considerada injusta; quando em conformidade com as normas jurídicas, a posse será justa.¹⁸

Pode ser também de boa-fé, quando o possuidor ignora o vício que lhe impede a aquisição, ao contrário sucede a de má-fé.¹⁹ Mas, deve-se considerar também como de má-fé

¹⁷ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *O papel do Judiciário na efetivação da função social da propriedade*. In *Questões Agrárias – julgados comentados e pareceres*. STROZAKE, Juvelino José (org). São Paulo: Método, 2002, 91-131.

¹⁸ CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. USUCAPIÃO ORDINÁRIO. FALTA DE PROVA MANSA.REIVINDICATÓRIA. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. AUSÊNCIA DE POSSE INJUSTA. Improcede a ação de usucapião por falta de prova da posse mansa e pacífica durante o tempo necessário para a prescrição aquisitiva. Pelas peculiaridades da espécie, improcede o pedido reivindicatório uma vez que o possuidor não exerce posse injusta já que por força de contrato de promessa de compra e venda, do qual já pagou parte substancial do preço, não tendo sido previamente rescindido. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. (STJ - REsp 241486 / CE ; RECURSO ESPECIAL 1999/0112716-5. Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA. T4 - QUARTA TURMA. DJ 04.02.2002).

¹⁹ EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. IMÓVEL ALIENADO E NÃO TRANSCRITO NO REGISTRO IMOBILIÁRIO. DEFESA DO POSSUIDOR DE BOA-FÉ. SÚMULA 84/STJ. DISCUSSÃO ACERCA DA POSSE. 1. Nos termos da Súmula 84/STJ: "É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse, advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido

a posse de quem por erro inescusável, ou ignorância grosseira, desconhece o vício que mina a sua posse.²⁰

Será, ainda, indireta, no momento em que o seu titular se afasta da detenção da coisa, por sua própria vontade, continuando a exercê-la de forma mediata, após transferir a posse direta a outrem.

O fato de a lei reconhecer a condição de possuidor tanto ao que exerce diretamente a posse, como ao que indiretamente a exerce, constitui enorme vantagem, pois ambos podem fazer uso dos interditos para proteger sua posição ante terceiros. E mais, quando se encontre ameaçado, cada qual pode lançar mão dos remédios possessórios contra o outro.²¹

Examinado sobre o critério do tempo, pode ser velha ou nova, conforme o art. 924 do CPC. A posse é considerada velha com duração superior a um ano e dia; às avessas, trata-se de posse nova. Essa distinção concorre para o procedimento a ser adotado para assegurar a sua tutela, uma vez que a posse nova segue o procedimento especial (liminar) e a velha o ordinário.

3- A medida liminar e a proteção da posse nova

Costuma-se confundir o termo liminar com medida de urgência e, às vezes, chega-se a afirmar que a liminar não é mais que uma “medida cautelar”, a exemplo observa-se as liminares em ação direta de inconstitucionalidade, em ação popular, ação civil pública e outras. Mas, na linguagem jurídica, a expressão liminar identifica qualquer medida ou provimento, não apenas cautelar, tomado no início do processo. Em regra, dar-se-á antes da

de registro". 2. Recurso especial a que se nega provimento. (STJ - REsp 582932 / PR ; RECURSO ESPECIAL 2003/0113243-2. Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI. T1 - PRIMEIRA TURMA DJ 26.10.2006).

²⁰ RODRIGUES, op. cit. p. 31

²¹ Ibidem, p. 26.

citação do réu, mas o CPC considera como liminar a decisão tomada depois de justificação para que foi citado o réu.²²

O procedimento de manutenção e reintegração, quando intentado dentro de ano e dia da data da turbação ou esbulho, permite o deferimento da medida liminar, de proteção possessória, quando requerida pela parte.²³

Nesta hipótese, a liminar se afirma como uma antecipação da eficácia, conferida em favor de quem evidenciou a posse, ou então, quando demonstrada na justificação da posse. Trata-se, pois, de tutela de evidência.²⁴

De início, é importante visualizar que a concessão da liminar em ações possessórias, nos casos de posse nova, não se confunde com o instituto da antecipação de tutela, previsto no art. 273 do CPC.²⁵

É bem verdade que a liminar possessória antecipa os efeitos do provimento final. Realmente, o seu deferimento produz, no mundo dos fatos, o mesmo efeito de uma tutela antecipada, como também tem caráter provisório e superficial, não vinculando o magistrado para os fins da sentença.

Diz, com acerto, o Prof. Ovídio Baptista da Silva – usando o exemplo da reintegração de posse – que se o autor obtém a recuperação da coisa através da medida liminar, “ (...) *devemos considerar este provimento como antecipatório da sentença de*

²² THEODORO JÚNIOR, Humberto. As liminares e a tutela de urgência. *In Inovações sobre o Direito Processual Civil: Tutelas de Urgência*. ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda. (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 240-267.

²³ O prazo de ano e dia conta-se excluindo o dia da turbação ou esbulho. No caso de lesão continuada ou permanente, conta-se do início da lesão, se a lesão é repetida conta-se do último ato. Não se conta o prazo no período em que o possuidor retomou a posse plenamente, neste caso, uma nova violação desencadearia novo prazo. Trata-se de prazo decadencial. Neste sentido, GRECO FILHO, *Direito processual civil brasileiro*, v. 3, p. 221.

²⁴ ALVIM, Arruda. *Defesa a posse e ações possessórias*. Salvador: Juspodium, p. 336.

²⁵ STJ – Recurso Especial 29.311-3, 3ª Turma, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. em 24/11/1992. RTJ, v. 42, p. 494.

procedência; e, sendo antecipatório, será necessariamente 'satisfativo' do direito provável do autor."²⁶

Todavia, para o seu deferimento é preciso demonstrar os requisitos previstos no CPC, art. 927 e não os previstos no art. 273.

Note-se que o provimento liminar *inaudita altera pars*, ou em momento posterior da ação possessória, fundada em posse nova, efetivamente difere de outros provimentos liminares: a) na antecipação da tutela exige-se prova inequívoca e convencimento da verossimilhança da alegação, aliada ao fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou ainda que fique caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu; b) nas demandas cautelares é necessário demonstrar o *fumus boni juris* e *periculum in mora*. Mas, estes requisitos não são exigidos para a concessão da liminar possessória.

A suficiência da prova para a concessão de liminar possessória não se confunde com o probabilidade da existência do direito afirmado pelo requerente, uma vez que não guarda natureza cautelar. A cognição se perfaz sobre as evidências que indiquem maior chance de estar havendo ou ter havido violação possessória datada de menos de um ano e dia. Mas, não se trata de prova cabal, completa, e impassível de discussão; é suficiente a prova capaz de trazer ao julgador a firme convicção das alegações formuladas.²⁷

Assim, a liminar deferida na ação possessória, deve ser fundamentada, enfrentando o magistrado, pontualmente, a prova da posse; a turbação ou esbulho praticado; a data da turbação ou do esbulho; a continuação da posse, embora turbada ou a perda da posse na ação de reintegração. Não há qualquer necessidade de avaliar e utilizar os requisitos da verossimilhança das alegações, *fumus boni júris* e *periculum in mora*.²⁸

²⁶ Curso de Processo Civil, V. 3. Porto Alegre: Segio Antonio Fabris, 1993, p. 21.

²⁷ SANTOS, op. cit., 2483.

²⁸ MONTENEGRO FILHO. Misael. *Ações Possessórias*. São Paulo: Atlas, p. 171.

Outra situação interessante, diz respeito ao silêncio normativo do Código Civil, no tocante ao aspecto temporal da posse. Com o advento do atual Código, tem-se discutido sobre a não mais existência da distinção entre posse nova e posse velha, diante da imprevisão normativa da legislação civil. Entretanto, vale ressaltar que o prazo de ano e dia tem previsão expressa no Código de Processo Civil.

Neste caso, o silêncio normativo do Código Civil não tem o condão de revogar a lei processual, pois se trata de regra essencialmente processual.

3.1- Momentos procedimentais oportunos para a apreciação do pedido liminar

A especialidade do procedimento das demandas, ora em análise, torna possível conferir-se a proteção possessória já no seu surgimento, ou no decorrer do processo. Dessa feita, o autor não precisa aguardar o julgamento final para obter a manutenção ou a reintegração de posse.²⁹

O art. 928 do CPC dispõe expressamente a possibilidade do juiz deferir a medida liminar de reintegração ou manutenção, quando solicitada na inicial, sem ouvir o réu. A primeira fase do procedimento é destinada ao autor, a fim de que ele possa provar unilateralmente os fatos articulados na inicial.³⁰

Destarte, desde que o autor consiga provar os requisitos para a concessão da medida, o juiz deferirá o pedido, garantindo a posse e postergando o contraditório. Não se

²⁹ Procedimento em perfeita sintonia com os princípios constitucionais do acesso a justiça e celeridade. Não se pode olvidar, entretanto, a existência de dois pressupostos, que geralmente são opostos: o da segurança jurídica, que exige um lapso temporal razoável para a maturação dos *decisus*, e o da efetividade, reclamando que o momento da decisão final não se procrastine mais do que o necessário. Mas, é por meio do equilíbrio destes dois regramentos (segurança/celeridade), que emergirão as melhores condições para a adequada realização da prestação jurisdicional. Cf. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 66.

³⁰ Vale lembrar que se o réu da possessória for um ente público, a liminar somente pode ser concedida após a oitiva do ente público, conforme art. 928, parágrafo único do CPC.

trata de mera faculdade, mas sim dever do magistrado, que fica obrigado a deferir a medida com a comprovação dos seus requisitos.³¹

Ocorre que, pela natureza das demandas possessórias, a prova a ser feita é na maioria das situações testemunhal, devendo ser obtida em audiência de justificação. É que o autor dificilmente consegue provar documentalmente, que teria preenchido os requisitos necessários.³²

Como o pedido revela urgência, não é necessário arrolar as testemunhas na inicial, uma vez que a justificação tem o fim de colher prova superficial para o deferimento da liminar.³³

Com precisão, o Prof. Arruda Alvim esclarece que:

A prova a ser produzida na justificação prévia deve comprovar a efetiva posse, pelos meios admitidos pelo Código de Processo Civil e Código Civil. Desta forma, apenas declarações e atestados de particulares, não são documentos hábeis a tanto, para a concessão da liminar. (...) Diga-se ainda que a apresentação de queixa à Polícia, não é, em si mesma e isoladamente, prova idônea para que seja concedida a liminar.³⁴

³¹ Discute-se sobre discricionariedade do magistrado de atender o pedido formulado na medida liminar possessória ou no pedido de antecipação de tutela. Observa-se que o melhor posicionamento, concordante com os princípios constitucionais do acesso à justiça e efetividade, é no sentido de ser um dever do juiz e não uma faculdade. Se o pedido for negado, é possível interpor Agravo de Instrumento com pedido de efeito ativo. Neste sentido, MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação a Tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 165.

³² Neste sentido, é o entendimento jurisprudencial: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. POSSE (BENS IMÓVEIS). AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. LIMINAR. INDEFERIMENTO DE PLANO, SEM POSSIBILITAR A REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO. Ausentes elementos que demonstrem, de plano, os requisitos elencados no art. 927 do Código de Processo Civil, deve o juiz designar audiência de justificação prevista no art. 928 do mesmo Código. Desaconselhável seja indeferida, *ab initio*, a liminar, sem oportunizar a realização dessa audiência, pena de tolher o direito da parte à prova do fato constitutivo de sua pretensão. Precedentes jurisprudenciais. AGRAVO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE PROVIDO POR DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR.” (Agravo de Instrumento Nº 70015569296, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Pedro Celso Dal Pra, Julgado em 05/06/2006).

³³ O juiz não pode indeferir a liminar, se foi solicitada audiência de justificação e julgamento, se foi solicitada audiência de justificação de posse, para não suprimir a possibilidade de prova que a lei confere ao autor. Neste sentido, TACSP, RF 276/146.

³⁴ ARRUDA ALVIM. *Defesa da posse e ações possessórias*. DIDIER JR, Fredie; MAZZEI, Rodrigo. (Coord.). Salvador: Juspodium, 2006, p. 339.

Em sede jurisprudencial, debate-se se o magistrado tem o poder de revogar de ofício a liminar anteriormente deferida. Para determinada corrente, a liminar só poderia ser modificada em sede recursal. Chega-se também a afirmar que resta impossível o deferimento da liminar em momento futuro, caso tenha sido negada pelo magistrado, após a audiência de justificação.³⁵

Não me parece este o entendimento mais correto. Cabe ao magistrado determinar a audiência de justificação, como forma de colher elementos que lhe permitam enfrentar o pedido liminar. Mas, por ser superficial e unilateral, a audiência forma apenas cognição sumária, sendo necessário a colheita de provas e a prática de atos, especialmente em audiência de instrução e julgamento. Por isso, não há qualquer razão lógica para se entender impossível o deferimento da liminar, em momento posterior, caso ela tenha sido indeferida anteriormente.³⁶

3.2 – Embates sociais e a defesa possessória

Tal como na ficção Shakespeariana, os conflitos interpessoais envolvendo questões relacionadas à posse são recorrentes. O Judiciário, a cada dia, tem recebido mais e mais demandas fundamentadas em disputas de terras, de imóveis e tantos outros bens. Disputas que, muitas vezes superam o âmbito patrimonial, para desaguar no exame de direitos fundamentais.

Tais disputas possessórias, não são situações novas na História. Algumas pessoas lutam para conseguir a posse de um simples pedaço de terra, outras para reintegrar ou manter-se em seu pequeno ou grande patrimônio. Há muitos ainda que lutam para

³⁵ Processual civil. Ação Possessória. Impossibilidade de concessão de liminar após audiência de justificação prévia quando previamente denegada. Agravo provido. Impossibilidade de se conceder medida possessória ao argumento de fato novo, quando esta resultar indeferida em audiência de justificação prévia. Não pode o juiz discricionariamente conceder a liminar perseguida se denegada no momento processual oportuno. À unanimidade de votos deu-se provimento ao agravo. (AI 71020-7, TJPE- 4ª Câmara Cível, rel. Des. Jones Figueredo, DOE 10.09.2003).

³⁶ Este pensamento funda-se em corrente minoritária. Neste sentido, MONTENEGRO. Op. cit., p.171.

inexistência destes conflitos, pois, quando desencadeados, a solução pode não ser ideal ou a mais pacífica.

Vejamos, pois, algumas situações advindas da realidade, que estão a necessitar ponderações.

A velha questão das invasões de terra e assentamentos produz grande diversidade de entendimentos. Há quem sustente a pertinência da pressão invasiva e a real necessidade das famílias, pobres e marginalizadas. Outros, asseguram que a movimento poderia ser mais pacífico e menos político. E, ainda, aqueles que asseguram a necessidade de total proteção da propriedade, por ser de suma importância à livre iniciativa, fundamento constitucional, e para as relações econômicas.³⁷

É situação usual, a concessão de diversas liminares de despejo contra assentamentos. O magistrado profere a decisão, a polícia já está presente para retirar as famílias, que lá já se faziam assentadas (muitas vezes, não só acampadas), pois cultivavam o mandiocal, gado, plantações, buscando viver com a mínima dignidade.

Tendo como cerne à referida problemática, a jurisprudência já se posicionou de formas diversas, a saber:

EMENTA: AGRADO. REINTEGRACAO DE POSSE. LIMINAR. INAVSAO COLETIVA. NAO E DE SER PROVIDO RECURSO INTERPOSTO POR INVASORES QUE NAO NEGAM A OCUPACAO DA AREA, CONDICIONANDO SUA DESOCUPACAO A PREVIA NEGOCIACAO COM O INCRA, A CONFIRMAR O NITIDO CARTER POLITICO DO ESBULHO, QUE NAO VISA DISCUSSAO ALGUMA SOBRE POSSE OU DIREITO A POSSE. LIMINAR QUE SE MANTEM. AGRADO IMPROVIDO. VOTO VENCIDO. (08 FLS) (Agravo de Instrumento N° 70001054097, Décima Oitava

³⁷ Neste sentido, é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal: "*O processo de reforma agrária, em uma sociedade estruturada em bases democráticas, não pode ser implementado pelo uso arbitrário da força e pela prática de atos ilícitos de violação possessória, ainda que se cuide de imóveis alegadamente improdutivos, notadamente porque a Constituição da República - ao amparar o proprietário com a cláusula de garantia do direito de propriedade (CF, art. 5., XXII) - proclama que ninguém será privado de seus bens, sem o devido processo legal (art. 5., LIV).*" ADI-MC 2213 / DF - DISTRITO FEDERAL MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Rel. Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 04/04/2002. DJ 23-04-2004.

Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Francisco Pellegrini, Julgado em 29/06/2000) – Grifei.

AÇÃO POSSESSÓRIA - Reintegração de posse - Invasão coletiva em área de terras particulares - Milhares de pessoas que, se desalojadas, não terão para onde ir - Fato que faz com que o princípio da função social da propriedade seja invocado - Particular que deve buscar no Poder Público a indenização a que faz jus decorrente da desapropriação indireta Inteligência do art. 2º, IV, da Lei 4.132/62 e art. 5º, XXIII, da CF (1º TACivSP) - RT 811/243.

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – DECISÃO ATACADA: LIMINAR QUE CONCEDEU A REINTEGRAÇÃO DE POSSE DA EMPRESA ARRENDATÁRIA EM DETRIMENTO DOS “SEM TERRA”. Liminar deferida em primeiro grau suspensa através de despacho proferido nos autos do agravo, pelo Desembargador de Plantão.

Competência da Justiça Estadual. Recurso conhecido, mesmo que descumprindo o disposto no art. 526, CPC, face dissídio jurisprudencial a respeito e porque a demanda versa sobre direitos fundamentais. Garantias a bens fundamentais como mínimo social.

Prevalência dos direitos fundamentais das 600 famílias acampadas em detrimento do direito puramente patrimonial de uma empresa. Propriedade: garantia de agasalho, casa e refúgio do cidadão.

Inobstante ser produtiva a área, não cumpre ela a sua função social, circunstância esta demonstrada pelos débitos fiscais que a empresa proprietária tem perante a União. Imóvel penhorado ao INSS. (...).

(Agravo de Instrumento Nº 598360402, Décima nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator p/ o acórdão: Des. Guinther Spode, Julgado em 06/10/1998). Grifado.

Em igual, as disputas possessórias de imóveis urbanos são alterações presentes. Invasões de prédios e terrenos são alvos de decisões diversas. Senão vejamos:

PERECIMENTO DO DIREITO DE DOMÍNIO E IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO REIVIDICATÓRIA. Favela consolidada sobre terreno urbano loteado. Função social da propriedade – Prevalência da Constituição Federal sobre o direito comum.

(Apelação Cível Nº 212.726-1/8, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Relator: José Osório. Julgado em 16/12/1994)

AÇÃO POSSESSÓRIA - Reintegração de posse - Invasão coletiva e propriedade particular por integrantes do movimento dos "sem-teto" - Liminar negada pelo Juiz com fundamento no princípio da função social da propriedade - Inadmissibilidade se presentes todos os pressupostos legais para a sua concessão - Norma do art. 5º, XXIII, da CF que não pode ser aplicada discricionariamente pelo Magistrado, segundo seus critérios subjetivos de Justiça, mas sim em estrita conformidade com a lei.(1º TACivSP) RT 767/274

POSSESSÓRIA - Reintegração de posse - Área dominial de rodovia - Contiguidade ao leito carrossável - Local de tráfego intenso e velocidade elevada - Citação de todos os ocupantes - Desnecessidade - Gravidade da situação de

risco - Alegação de função social da propriedade - Desacolhimento - Segurança necessária ao sistema rodoviário - Recurso improvido.

(Apelação n. 293.812-5/8-00 - 1ª Câmara de Direito Público - Relator: Renato Nalini - 25.12.05 - M.V. - Voto n. 10.025, voto vencido do Des. Oscarlino Moeller, nº 14.028)

USUCAPIÃO - Posse vintenária do autor e seus antecessores impugnada pelo proprietário - Inconvincente a posse vintenária com ânimo de dono anterior á propositura da lide, a ação de usucapião só poderia ser improcedente - Irregularidade formal da sucessão possessória, descontinuidade dessa posse e ausência de sua mansidão, impediram a caracterização da prescrição aquisitiva - Recurso não provido. (Apelação Cível n. 89.972-4 - São Paulo - 3ª Câmara de Direito Privado - Relator: Alfredo Migliore - 28.01.00 - V.U.)

Colhe-se da realidade diversas situações que merecem reflexões profundas do Judiciário, para o deferimento, ou não, de uma medida liminar. Em muitos casos, há uma colisão frenética de princípios constitucionais. Numa via, apontam direitos fundamentais à moradia e dignidade, clamando por políticas públicas, em outra, a propriedade e a posse como direitos patrimoniais basilares de uma sociedade capitalista.

A jurisprudência discrepa nas respostas para os conflitos. Há casos em que se privilegia direitos sociais e a função social, em outros, o patrimônio se afirma pujante.

Mas, em casos envolvendo tantas pessoas marginalizadas, será que a simples análise dos requisitos dispostos no art. 927 do CPC mostra-se suficiente?

Convém assinalar, entretanto, que não me filio às linhas doutrinárias que tentam transformar o Judiciário em órgão revisor de todas as decisões políticas, encarregando-o de traçar políticas públicas, que envolvam a escolha de prioridades a serem atendidas pela receita disponível em detrimento de outras. O Judiciário não é a salvação para se resolver as questões sociais debeladas pelo ineficiente gerenciamento das políticas públicas.

Não se pode alimentar a ilusão de que o Judiciário seja a grande solução para as mazelas sociais de um país. Mostra-se evidente que as possibilidades de atuação do direito sobre a realidade social, no sentido de transformá-la de forma positiva, embora existam e

devam ser exploradas, nunca terão a mesma intensidade das realizadas no plano governamental e político.

Mas, não deixo de perceber que não se deve minimizar os conflitos possessórios a uma simples análise de preenchimento de requisitos processuais. O processo não é apenas análise de pressupostos e requisitos, mas veículo para a correta aplicação do direito material.³⁸

Por muito tempo, o Direito e o Estado estiveram a serviço daqueles que detêm o poder estatal, funcionando como ferramenta de opressão e de manutenção das estruturas sociais, protegendo apenas a propriedade, independentemente do que ela significa no contexto social.³⁹

Com acerto, asseveram Dyrceu Cintra Júnior e Urbano Ruiz que: *“As ocupações de terra e edifícios públicos, os acampamentos de protesto, a economia informal e a incontrolável violência urbana, por exemplo, revelam relações desprezadas pelas instituições jurídicas e políticas. Capazes de pôr em xeque a pretensa neutralidade da lei, a aparente lógica do ordenamento jurídico e o monismo estatal na produção e distribuição do direito.”*⁴⁰

³⁸ Em sede de liminar possessória, convém destacar o absurdo legal previsto no art. 925 do Código Civil: *“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.”* Trata-se de regra totalmente inconstitucional, uma vez que fere o princípio da igualdade. Como é que um pobre vai prestar a caução? Neste caso, a lei efetivamente prevê a impossibilidade da proteção possessória para o pobre.

³⁹ Já diziam os gregos Trasímaco, Calícles e Clítias: *“as leis são fruto do poder arbitrário dos detentores do poder, que as editam em função de seus interesses”*. Cf. AGUIAR, Roberto A. R.. *O que é Justiça? Uma abordagem dialética*. São Paulo: Editora Alfa-Ômega, 1999, p. 31). Rousseau, por sua vez, afirmava que *“as leis são sempre úteis aos que possuem e prejudiciais aos que nada têm”*. De forma mais simples, mas com a mesma pertinência, o poeta cearense Patativa do Assaré, que, certamente não leu Rousseau, nem muito menos Shakespeare, já cantava que *“só o rico tem direito a tudo, não há justiça para quem é pobre”* (*“Cante lá, que eu canto cá”*). Cf. *O Direito como instrumento de luta*. Disponível em: <http://georgemlima.blogspot.com/>. Acesso em: 23/08.2007.

⁴⁰ A institucionalização do conflito – princípio constitucional da função social da propriedade – posse-princípio constitucional da dignidade humana. In *Questões Agrárias. Julgados comentados e pareceres*. Strozague, Juvelino José. (Org.). São Paulo: Método, 2002. p. 85.

Hoje, tal postura é mofa contra as necessidades sociais. É comprometedor para o Judiciário atuar de encontro às necessidades sociais, em prol de minorias abastadas. É danoso defender a posse da terra como direito absoluto (sic), sem levar em conta a função social, garantida pela Constituição.

A função social da posse merece ser analisada, pois representa um dos pontos fundamentais de estabilidade das questões sociais, ordem econômica, e até mesmo do próprio Estado Democrático de Direito. A ausência de tal função enseja abuso e o comprometimento da própria legitimidade jurídica da posse.

É bastante claro, no texto constitucional, que o direito de propriedade deve ser exercido consoante à função social, constituindo como direito fundamental. A efetividade deste princípio foi assegurada pelos artigos 182, §2º e 186 da CF, que estabeleceram objetivamente os requisitos para se atender a função social da propriedade urbana e rural. Em igual, deriva-se implicitamente para a posse.

Com este pensar, Luiz Edson Fachin ressalta que: *“Aproxima-se a posse da vida, e por isso, no entrelhecho de direitos, a “constitucionalização” dos conflitos possessórios coletivos não permite outra conclusão senão a de que o bem imóvel, rural ou urbano, que descumpra sua função social, não tem mais tutela possessória. O Juiz do conflito fundiário não é mais o Juiz do velho Código Civil e sim o magistrado da Constituição.”*⁴¹

Ora, a propriedade privada dissociativa de sua função social representa um foco de instabilidade nas relações entre os sujeitos econômicos, ao retirar a legitimidade jurídica da disposição do bem economicamente apreciável. A sociedade confere ao Estado, através da concessão de vários mecanismos legais, prescritos na lei constitucional e

⁴¹ In Leituras Complementares de Direito Civil: o direito civil-constitucional em concreto. Salvador: Juspodium, 2007, p. 269/275.

infraconstitucional, poderes de intervenção na propriedade privada que tem inobservado sua função social, para retificar o curso social de sua disposição.⁴²

Em razão disso, é possível que a violação da função social possa ensejar óbice à concessão de tutela possessória.

Ainda que viável para muitos, não se pode esquecer dos direitos fundamentais afirmados pela Constituição, quais sejam, educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, bem como a assistência aos desamparados.⁴³

A posse é uma extensão dos bens da personalidade. A moradia, por sua vez, é um dos bens que integram o existir e o convívio das pessoas. O papel da função social em relação à moradia é o de conceder um espaço de vida e liberdade para todo ser humano.⁴⁴

Sendo assim, não se pode mensurar a posse por critérios essencialmente econômicos. Enquanto que o direito à moradia filia-se entre os direitos sociais, a garantia à propriedade é um direito individual que deverá ceder quando o seu titular não promover a sua função social, a ponto de retirar a sua legitimidade e permitir que famílias promovam-na mediante moradia.⁴⁵

Sobreleva apontar a orientação do professor Vladimir França no tocante a função social da propriedade. Aplica-se, também, tal orientação para a posse, uma vez que ela tem condão real ou obrigacional com nítida linhagem no bem-estar social exigido pela Constituição. Vejamos:

⁴² FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Instituição da Propriedade e sua Função Social*. In: Revista da Escola Superior de Magistratura do Estado de Pernambuco. Vol. 2. Nº 6. Recife: ESMAPE, outubro/dezembro de 1997(b). p. 481/482.

⁴³ É comum ler a Constituição sem conseguir perceber qualquer sintonia com o mundo real, pela acentuada dissonância entre a beleza das palavras escritas e a lamentável realidade brasileira. Porém, para que a Constituição ganhe vida e faça parte do dia a dia dos cidadãos, é preciso que exista um espontâneo “patriotismo constitucional”, de modo que a população tenha estima e respeito pelos valores consagrados constitucionalmente, independentemente de qualquer ideologia partidária. Acreditar nesta possibilidade não é mera utopia. Cf. GRIMM, Dieter. *Constituição e Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 96.

⁴⁴ FARIAS; ROSENVALD, op. cit. p.51.

⁴⁵ Idem.

"defendemos a existência da propriedade privada pois acreditamos na livre iniciativa. Mas o direito de propriedade não pode servir como um instrumento de marginalização da esmagadora maioria do povo brasileiro. A atual sistemática da propriedade, embora a função social esteja prevista expressamente na Carta Magna como elemento fundamental da propriedade e da ordem econômica, induz necessariamente a instabilidade institucional e social brasileira, ameaçando não só a subsistência dos trabalhadores excluídos da sociedade, mas também, da própria propriedade privada. Não é preciso suprimi-la, pois ainda constitui o melhor instrumento para a produção de riqueza: faz-se indispensável à sociedade brasileira reconhecer a função social da propriedade como um princípio essencial à própria existência da propriedade, bem como da Ordem Econômica, em outras palavras, concretizar o bem-estar social exigido pela Constituição Federal para preservar sua própria estabilidade."

Diante disso, não há dúvida que não são todas as situações que o social sopeia o individual. Se assim fosse, os prejuízos ao setor privado seriam acentuados e surpreendentes, desestimulando inclusive investimentos na economia brasileira e ferindo o Estado Democrático de Direito.

Note-se que reconhecer a licitude da função social da posse não é comprometer a ordem jurídica ou econômica, mas sim assegurá-las. A análise de liminares possessórias deve ter por base os requisitos do art. 927 do CPC, lembrando-se, outrossim, da função social da posse.

Até porque o capital financeiro permite que o Estado atue e intervenha cada vez mais na propriedade imobiliária. Contudo, em relação às propriedades que mais produzem riqueza, o princípio da função social mostra-se ainda tímido. Este modelo de enriquecimento e acumulação de capital é tão negativo quanto uma propriedade rural que não produz ou uma propriedade urbana que não serve de abrigo. Isto porque verdadeiras fortunas circulam no mercado financeiro com o único intuito de especular, sem que os governos adotem medidas restritivas no sentido de coibir tal prática.⁴⁶

⁴⁶ CARVALHO, Eusébio. *In* Leituras Complementares de Direito Civil: o direito civil-constitucional em concreto. Farias, Cristiano Chaves de. (Org.). Salvador: Juspodium, 2007, p. 274/292.

4- A tutela antecipada na proteção da posse velha

Antes da reforma do CPC, que inseriu no ordenamento o instituto da tutela antecipada, a grande diferença entre as ações fundadas em posse velha ou nova era a possibilidade de nestas conceder-se a tutela antecipatória.

A partir da Lei 8.952/94, passou a ser possível a antecipação em qualquer procedimento, inclusive nas ações possessórias ajuizadas dentro de prazo maior que um ano e dia da ocorrência da turbação ou esbulho.

Escrevendo após a reforma, alguns doutrinadores sustentaram que na ação de posse velha só caberia a tutela antecipada fundada em abuso do direito de defesa.⁴⁷ Outros sustentavam a pertinência da antecipação tanto nos casos de abuso, quanto em face do perigo, mas apenas quando este tenha surgido após o decurso do prazo de ano e dia.⁴⁸

Porém, não se observa maior razão para impor restrições ao instituto da tutela antecipada, podendo ocorrer sob qualquer fundamento do art. 273 do CPC.

É que o instituto da tutela antecipada tem fundamento constitucional, uma vez que decorre do direito de acesso à justiça, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, o qual estabelece que *“A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”*.

Assim, o direito fundamental consagrado neste dispositivo garante ao jurisdicionado não apenas o direito formal de propor a ação, indo muito mais além, pois assegura o direito a uma tutela adequada e efetiva.

A tutela antecipada é um tipo de tutela jurisdicional diferenciada, que antecipa os efeitos práticos do julgamento final de procedência pretendido pelo autor. Permitindo,

⁴⁷ Figueira Júnior, op. cit, p. 178-181.

⁴⁸ SIMARDI, Cláudia Aparecida. Proteção processual da posse. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 254-255.

assim, a satisfação total ou parcial do direito alegado, em momento anterior ao regularmente estabelecido pelo procedimento.⁴⁹

A maior finalidade da antecipação da tutela é reduzir o efeito negativo da mora processual, pois, como sabiamente atentava Carnelutti, “o valor que o tempo tem no processo é imenso e, em grande parte, desconhecido. Não seria demasiadamente advertido comparar o tempo a um inimigo contra o qual o juiz luta sem descanso”.⁵⁰

Logo, é preciso assegurar o direito de forma rápida e efetiva, prestigiando a parte que busca o Judiciário, porquanto, conforme a linha defendida por Marinoni, a demora do processo sempre beneficia quem não tem razão.⁵¹

Com efeito, a antecipação de tutela é providência adequada em diferentes contextos. Segundo o art. 273, do CPC:

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: I- haja fundado receio de dano irreparável; ou II- fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

E, ainda, o parágrafo sexto, do artigo supracitado, prevê a possibilidade de concessão “quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso”.

Da análise do *caput* do referido dispositivo extrai-se de imediato que, para o deferimento da tutela, é inevitável a existência de prova inequívoca, com o condão de demonstrar ao juiz a verossimilhança do que se alega. Tal necessidade é requisito de caráter

⁴⁹ SPADONI, Joaquim Felipe. Fungibilidade das tutelas de urgência. In ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda. (Coord.). Op. cit., p. 295-321.

⁵⁰ Carnelutti, Francesco. Derecho y Proceso. Trad. Esp. de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires, EJE, 1971, p. 412.

⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme *Tutela Antecipatória e Julgamento Antecipado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 20.

eminentemente subjetivo, pois diz respeito ao convencimento do magistrado sobre a verdade e coerência da pretensão, guardando, outrossim, nexos com a prova inequívoca.

Ademais, vê-se que nas hipóteses aventadas pelo legislador, nos casos dos incisos I e II do referido artigo, dizem respeito ao juízo de probabilidade, posto que se concederá a demanda por meio de cognição sumária; usualmente antes da instrução e com base em prova documental. Mas nada impede que as provas sejam colhidas durante a instrução e a tutela seja deferida no momento anterior da sentença.⁵²

Destarte, não são em todos os casos que se irá conceder a tutela antecipada. Mas, quando o autor demonstrar ao julgador o seu direito, através de provas cabais, dado que a situação por si enseja total, ou parcial, adiantamento do pedido, seja pela possibilidade de produzir situações de risco, nos casos de protelação e abuso do réu, ou ainda “*quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso*” (CPC, art. 273, § 6º).

Percebe-se que a tutela antecipada pode ser deferida em qualquer rito processual, seja ordinário, sumário ou especial, em todo tipo de demanda judicial, pouco importando a sua natureza. Assim, pode ser deferida em ações condenatórias, constitutivas e até nas meramente declaratórias.⁵³

De acordo com a sistemática em vigor, não há qualquer restrição que impeça o deferimento da tutela antecipada nas ações possessórias fundadas em posse velha. Essencial, porém, demonstrar os seus requisitos (art. 273), que, como dito, se afirmam mais amplos do que os existentes para o deferimento da liminar nos casos de posse nova, que tem início pelo procedimento especial (art. 927).

⁵² Hoje, é comum proferir a tutela antecipada na própria sentença, pois em tais situações a apelação não terá, em regra, efeito suspensivo.

⁵³ Neste sentido, já se posicionou o STJ: “A tutela antecipada é cabível em toda ação de conhecimento, seja a ação declaratória, seja constitutiva (negativa ou positiva), condenatória, mandamental, se presentes os requisitos do art. 273, CPC” (STJ – 5ª Turma, Medida Cautelar 4.205 – MG – AgRg. Rel. Min. José Arnaldo, j. 18.12.2001, negaram provimento, v.u., DJU 4.3.2002, p. 271).

Não deixo de observar, entretanto, que se o demandante levou mais de um ano e dia para ajuizar a sua demanda de proteção possessória, em geral, não haverá urgência.⁵⁴

Mas, a realidade processual nos mostra que há situações em que a urgência aparece antes ou depois do referido prazo. Afastar a possibilidade de concessão de tutela antecipada nestes casos, corromperia o princípio maior da inafastabilidade da jurisdição.

Neste prumo, observa-se a jurisprudência:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE DE BEM MÓVEL. POSSE VELHA. LIMINAR. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 273 DO CPC. CONCESSÃO. Sendo velha a posse, ou seja, datada de mais de ano e dia, deve a ação para proteção da posse desenrolar-se pelo rito comum, sendo admissível a concessão da antecipação da tutela de mérito caso demonstrados, não só, os requisitos do art. 927 do CPC, como também os do art. 273. Caso em que, sendo verossímeis as alegações diante da prova da propriedade do veículo que o agravante pretende reaver, bem como do esbulho possessório, e havendo fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação consistente no interesse público em que seja reintegrado ao patrimônio da municipalidade bem que lhe pertence, cabível a concessão da liminar pleiteada. Agravo de Instrumento provido. (AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 70006418305, DÉCIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: ANTÔNIO CORRÊA PALMEIRO DA FONTOURA, JULGADO EM 06/11/2003).

POSSESSÓRIA – Reintegração de posse – Bem móvel – Apesar da impossibilidade da concessão da liminar no sistema da ação possessória sob o procedimento especial do artigo 920 do Código de Processo Civil (força nova), cabível a antecipação dos efeitos da tutela se provados os requisitos do artigo 273 do Código de Processo Civil em ação possessória de força velha – Existência, no caso, de prova documental que dá veracidade às alegações deduzidas pelo autor da ação, ou seja, a existência de dívida não paga e bens não devolvidos – Manutenção da liminar – Decisão mantida – Recurso improvido. (Agravo de Instrumento n. 1.102.877-0/1 – São Paulo - 26ª Câmara de Direito Privado - Relator: Felipe Ferreira – 14.05.07 - V.U. - Voto n. 11997)

Não se pode olvidar que nas ações de posse velha é preciso também que se verifique a função social da propriedade.⁵⁵

⁵⁴ Na opinião de Alexandre Freitas Câmara, *Lições de Direito Processual Civil*. V. III. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 397, só é cabível a tutela antecipada, em razão da urgência, nas situações em que o perigo tenha surgido após o decurso do prazo de ano e dia da turbação ou esbulho, para não contrariar o princípio geral de que “o direito não socorre os que dormem”.

⁵⁵ EMENTA: INVASAO URBANA. REINTEGRACAO DE POSSE. POSSE VELHA. INVIABILIDADE DA ANTECIPACAO DE TUTELA. AS INVASOES COLETIVAS, URBANAS OU RURAIS,

5- O uso de tutela específica na proteção possessória

O direito brasileiro abriga atualmente, além da usual tutela ressarcitória, a possibilidade de tutela das obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa. Mas, por muito tempo, deixou-se de determinar as obrigações específicas, convertendo-as em perdas e danos, uma vez que o ordenamento não previa expressamente tal possibilidade para a maioria das situações.

O autor, ao ter o seu direito reconhecido (patrimonial ou não) recebia uma indenização, isto é, uma recompensa financeira, como solução da controvérsia, ainda que esta não reparasse efetivamente a lesão ou ameaça sofrida. É que a tutela ressarcitória, em geral, substitui o direito originário por um direito de crédito equivalente ao valor do dano, garantindo a integridade patrimonial do direito.⁵⁶

Mas, com a evolução processual, passou-se a privilegiar o cumprimento específico e a efetividade processual, não mais apenas a reparação indenizatória.

Barbosa Moreira há muito defendia que um dos enfoques da efetividade processual é a racionalidade e celeridade. O processo deve dar a quem tem razão tudo aquilo e exatamente aquilo a que ele tem direito de conseguir com o mínimo dispêndio de tempo e de energias. *“Sendo igualmente admissíveis dois entendimentos diversos, há de preferir-se o mais favorável à rápida solução do litígio”*⁵⁷

O art. 461 do CPC remete a possibilidade de concessão da tutela específica, no mérito ou de forma antecipada, para a obtenção do resultado prático desejado pelo direito

REPRESENTAM FATO SOCIAL MODERNO, NAO PREVISTO PELO LEGISLADOR DE 1916, A EXIGIR SOLUCAO ATUAL ATENTA AOS ASPECTOS SOCIAIS QUE ELE ENCERRA E AO INTERESSE DE ORDEM PUBLICA. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 598119410, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Francisco Pellegrini, Julgado em 13/05/1999),

⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Inibitória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 28.

⁵⁷ Notas sobre o problema da ‘efetividade’ do processo, p. 80.

objetivo material.⁵⁸ Sendo que a manifestação da tutela específica pode ensejar uma tutela inibitória (CPC, art. 461, §4º), tutela específica de remoção de ilícito (CPC, art. 461, §5º), a tutela específica sub-rogatória (CPC, art. 461, §3º), ou tantas outras compatíveis com a solução do caso concreto.

Na verdade, os artigos 932 e 936, inciso II, do CPC, antes mesmo do art. 461, já estabeleciam, respectivamente, tutelas inibitórias antecipadas aplicáveis ao interdito proibitório e a nunciação de obra, na medida que o juiz sempre pôde atribuir pena pecuniária para o descumprimento da obrigação imposta na decisão.

Já o art. 921 do CPC é claro ao admitir a cumulação do pedido possessório ao de perdas e danos, inibição de novo esbulho ou turbação e desfazimento de construção ou plantação feita em detrimento da posse. Sendo que, tal cumulação de pedidos, não descaracteriza a natureza possessória da ação; pode-se usar o procedimento especial (liminar), caso trate-se de posse nova.

Com o advento do art. 461, a tutela específica pode ser manejada em qualquer ação, inclusive nos casos de tutela indireta da posse, como numa nunciação de obra nova, embargos de terceiro ou reintegratória.

Desse modo, é possível o uso de qualquer medida específica para conseguir o cumprimento da proteção possessória, como por exemplo um mandado de distanciamento, a impossibilidade da parte executar o desforço incontinente, remoção de pessoas ou coisas, impedimento de atividade nociva, ou qualquer medida necessária para a solução.⁵⁹

⁵⁸ O uso de tutela específica nas ações coletivas está devidamente positivado no art. 84 no Código brasileiro de Defesa do Consumidor – Lei . 8.078/90.

⁵⁹ Convém apontar o posicionamento de Fredie Didier Jr. sobre a tese ampliativa de prisão civil. Mas, segundo o autor, uma obrigação de fazer, de não-fazer ou de dar coisa distinta de dinheiro de conteúdo patrimonial não pode ser efetivada por prisão civil. Cabendo, em tese, prisão civil como medida executiva atípica para a efetivação de decisão judicial que reconheça direito não patrimonial. Cf. Didier Jr, Fredie; Et alii. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 2. Salvador: JusPodium, 1007, p. 365.

O magistrado tem total liberdade para escolher qualquer medida executiva, mesmo tendo o autor solicitado uma providência determinada, sem gerar qualquer defeito processual.

Observa-se que a tutela específica complementa a fungibilidade das possessórias. Usa-se a fungibilidade, pois, na trajetória de um interdito proibitório, pode ocorrer uma turbação ou o esbulho, vindo a se configurar os resultados vaticinados pelo demandante. Na prática, é muito difícil separar rigorosamente uma turbação de um esbulho e os conflitos possessórios têm caráter dinâmico. Em certo dia, tem-se uma ameaça ou turbação e, logo em seguida, pode-se ter o esbulho.

A tutela específica parecia com a fungibilidade imprimindo efetividade. Cada vez mais, afirma-se a idéia de que o processo deve servir de forma mais humana, preocupando-se com os problemas sociais, econômicos e psicológicos, que gravitam ao redor de suas conceituações e construções técnicas.⁶⁰

Na realidade das possessórias, os atos de defesa, as usuais brigas, bate-bocas e agressões são comuns, seja antes da sua proposição ou no curso de uma manutenção da posse. Dispõe o artigo 1.210, § 1º, do Código Civil: “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”.

Neste contexto, o juiz deve atentar para a situação, usando, quando necessário, a fungibilidade e/ou a tutela específica para a proteção adequada da posse.

Com efeito, uma ação de natureza possessória não evidencia mormente um direito patrimonial, ensejando outrossim um direito fundamental à moradia. Logo, deve-se demonstrar a função social da posse para se conceder a devida proteção.

⁶⁰ MARINONI, op. cit. , p. 13.

Em tais situações, a solução indenizatória não é suficiente, devendo o juiz privilegiar o possuidor que cumpre a função social concedendo-lhe a proteção. Para tanto, deve usar a tutela específica.

Com razão, assinala Fachin: “A proteção da posse há, enfim, de receber os efeitos da “repersonalização” do Direito, a qual coloca as pessoas no centro das preocupações e não apenas o patrimônio.”

6- À guisa de conclusão

Sempre tive consciência de que o Direito é um instrumento de poder. Ele, por si só, não se afigura positivo ou negativo, mas pode desestruturar ou colaborar com a sociedade, de acordo com a forma que é operacionalizado. O processo, por sua vez, com todos os seus mirabolantes procedimentos, pode ser mecanismo de ação, ou manutenção do *status quo* necessário.

Como instrumento de poder, o Direito, o processo e o magistrado não são neutros. Estão a expressar e salvaguardar ideologias, ainda que sob a ótica da imparcialidade. Mas, é um pensamento bastante míope achar que é possível dominar e manter um *status quo* “ideal” por tanto tempo. As massas não são apenas expectadores.

De tudo que já foi afirmado, não se pode achar que as tutelas antecipatórias em ações possessórias possam restringir-se à análise de requisitos processuais. A natureza de uma possessória vocifera por uma visão sistemática do julgador. Por isso, afirma-se necessário um entendimento amplo do Direito - em especial o Constitucional - do contexto social e dos procedimentos processuais.

A Constituição de 1988 deu grande salto na proteção de direitos sociais e fundamentais. Certamente, ela é uma visionária, e não uma sonhadora como muitos afirmam, uma vez que defende a necessidade de um Estado Democrático de Direito como

via de manutenção da ordem. Demonstrando, inclusive, que o Direito igualmente deve servir para que as classes tradicionalmente oprimidas alcancem o mínimo de dignidade necessária e consigam alguma melhoria na sua qualidade de vida.

O Direito, portanto, apesar de não ser a salvação, pode ajudar na transformação da sociedade, sobretudo nos países que adotaram a fórmula “Estado Democrático de Direito”. Para tanto, é preciso ação no lugar da omissão, enxergar a realidade ao invés da ficção.

Seria bem mais fácil afirmar que o Rei Lear shakespeariano não deveria ser expulso de suas terras e assegurar-lhe à posse. Todavia, já não é tão fácil declarar o direito de sem terras ou sem teto.

É bem mais fácil também, entender que os requisitos das tutelas antecipatórias nas lides possessórias estão previstos apenas nos artigos 273 ou 927 do CPC. É que pode ser inconveniente verificar se a função social da posse está sendo cumprida nos ditames constitucionais.

Mas, certamente fechar os olhos para a realidade social, visualizando o direito essencialmente patrimonial e elitista, é juntar-se às traiçoeiras vilanias da realidade. Tal opção é faculdade de cada um.

REFERÊNCIAS:

ALVES, José Carlos Moreira. **Posse - evolução histórica. V.1.** Rio de Janeiro: Forense, 1997.

ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda. (Coord.). **Inovações sobre o Direito Processual Civil: tutelas de urgência.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

AGUIAR, Roberto A. R.. **O que é Justiça? Uma abordagem dialética.** São Paulo: Editora Alfa-Ômega, 1999.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Notas sobre o problema da efetividade do processo.** Revista da Ajuris 29, Porto Alegre, nov. 1983.

CÂMARA, Alexandre. **Lições de Direito Processual Civil, Vol III.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

CARNELUTTI, Francesco. **Derecho y Proceso.** Trad. Esp. de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires, EJEA, 1971.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Tempo e processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

DIDIER JR, Fredie; MAZZEI, Rodrigo. (Coord.). **Reflexos do novo código civil no Direito Processual.** Salvador: Juspodium, 2006.

DIDIER JR, Fredie; Et alii. **Curso de Direito Processual Civil. Vol. 2.** Salvador: JusPodium, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de. (Org.). **Leituras complementares de Direito Civil: o direito civil-constitucional em concreto.** Salvador: Juspodium, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

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

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Instituição da Propriedade e sua Função Social. **Revista da Escola Superior de Magistratura do Estado de Pernambuco. Vol. 2. Nº 6.** Recife: ESMAPE, outubro/dezembro de 1997(b).

GRECO FILHO, **Direito processual civil brasileiro, v. 3.** São Paulo: Saraiva, 2003.

GRIMM, Dieter. **Constituição e política.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GOMES, Orlando. **Direitos reais.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MARCATO, Antonio Carlos (Coord). **Código de processo Civil interpretado.** São Paulo, Atlas, 2005.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil – Direito das coisas.** Rio de Janeiro: Forense, 2006.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito,** trad. João de Vasconcelos, Rio de Janeiro: Forense, 1972.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Tutela antecipatória e julgamento antecipado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Tutela Inibitória.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Ações possessórias.** São Paulo: Atlas.

RODRIGUES, Silvio. **Direitos das coisas.** São Paulo: Saraiva, 2003.

SHAKESPEARE, William. **Rei Lear.** São Paulo: Martin Claret, 2002.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de processo civil, v. 3.** Porto Alegre: Segio Antonio Fabris, 1993.

SIMARDI, Cláudia Aparecida. **Proteção processual da posse.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

STROZAKE, Juvelino José (org). **Questões agrárias – julgados comentados e pareceres.** São Paulo: Método, 2002.