

## ABRIGO JURÍDICO DA POSSE E OS INSTRUMENTOS ATÍPICOS PARA SUA PROTEÇÃO

**Maria de Fátima Amaral**

Mestra em Direito Ambiental  
Assessora Jurídica do CREA/MG

**RESUMO:** este trabalho aborda o tema posse, instituto importante e controverso no Direito Civil, fazendo considerações sobre sua origem, com enfoque no abrigo jurídico dispensado à posse em nosso ordenamento jurídico e os meios para efetivação deste direito, sejam eles típicos ou atípicos. Destaca-se então a posse em todos os seus eixos, as ações possessórias, bem como os embargos de terceiro e a ação de nunciação de obra nova. Traz um estudo sobre a origem, a natureza jurídica e a fungibilidade das ações possessórias, utilizando-se das lições de diversos doutrinadores respeitados e o atual posicionamento dos tribunais brasileiros sobre o tema, cotejando com a legislação argentina. Chegando num entendimento de ser a posse um direito especial, tanto no ordenamento jurídico brasileiro quanto no ordenamento jurídico argentino, pelo fato deste instituto possuir características peculiares e que o legislador brasileiro cuidou de abrigar a posse elencando, inclusive, instrumentos atípicos para sua proteção.

**PALAVRAS-CHAVE:** posse – ações possessórias – instrumentos atípicos

**ABSTRACT:** this work addresses the important possession topic institute and controversial in civil law making considerations about its origins, with a focus on legal excused under ownership in our legal system and the means for effecting this right either typical or atypical. Noteworthy is then held in all axes, the possessory actions, as well as interplea and *novioperis nunciatio* or denunciation of a new work. Presents a study of the origin, the legal nature and the fungibility of possessory actions, using the lessons of many respected scholars and the current positioning of Brazilian Courts on the subject, comparing Argentina with the law. Blinding an understanding of being a special ownership rights, in the Brazilian legal system as well as in the Argentino one, because this institute has peculiar characteristics that the Brazilian legislature took care of house ownership having even atypical instruments for their protection.

**KEYWORDS:** possession - possessory actions - atypical instruments

## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo procura abranger, de um modo objetivo, um dos institutos de maior importância no ordenamento jurídico. Seja no ordenamento interno como nos demais países da América do Sul, em especial nos ordenamentos jurídicos do Brasil e da Argentina. Assim, faremos uma análise do instituto posse em face do atual ordenamento jurídico brasileiro, buscando compreender, principalmente, os instrumentos de ação colocados para a sua proteção e em seguida apontar como o instituto posse está inserido no ordenamento jurídico da Argentina.

Neste rumo, asseveramos que se trata de um instituto ímpar no ordenamento jurídico brasileiro, como acertadamente declarou GONÇALVES (2010, P.44)<sup>1</sup> “inúmeras são as dificuldades que aparecem no estudo da posse. Muitos tratados já foram escritos. Apesar disso, continua sendo tema altamente discutido e controvertido”.

Desta forma, o estudo da posse, bem como o estudo dos instrumentos para sua proteção, apesar de laborioso e complexo, é de inequívoca importância. Senão para entender sua essência, para compreender tudo que gira em torno dos direitos das coisas.

Certamente que o presente estudo não tem o intuito de aprofundar no estudo da posse como um todo, tratando de todas as suas peculiaridades e discussões, mas pretendemos mostrar, neste opúsculo, apenas generalidades sobre a posse e as ações possessórias, bem como embargos de terceiros e nunciação de obra nova como instrumentos atípicos para sua proteção, através de um apanhado sobre suas origens, seus conceitos, bem como o abrigo jurídico da posse no ordenamento jurídico argentino e algumas divergências sobre tais temas e diferenças e/ou semelhanças entre as normas brasileiras e argentinas que tratam destas matérias.

## 2 DA POSSE

Sabemos que é impossível precisar com exatidão quando surgiu a posse, todavia, é provável que já existisse desde as mais primitivas formas de organização humana. Porém, as maiores contribuições, assim como grande parte do direito moderno tem sede no Direito Romano.

O Estado concedia a cada família partes de terras públicas, das quais não tinham propriedade, mas poderiam viver e ter fruição. Ou seja, a posse poderia ser revogada a qualquer tempo e arbitrariamente pelo Estado. Porém, o reconhecimento verdadeiro da posse surge com a promulgação da lei das XII tábuas, que conferia a proteção possessória por meio de interditos.

Surgem então duas vertentes para explicar a origem da proteção possessória. Uma defendida por Niehbur<sup>2</sup>, adotada por Savigny, que assegura o surgimento da proteção possessória na concessão dos interditos pelos pretores<sup>3</sup> aos ocupantes dos *agerpublicus*<sup>4</sup>, os quais, por não serem proprietários, não gozavam da proteção judicial das reivindicatórias.

A outra teoria, de Ihering, a mais prestigiada, considerada iniciada a proteção possessória na concessão provisória da posse da coisa a um dos litigantes, pelos pretores, asseverando que a posse era uma consequência do processo reivindicatório.

Nesta toada, qualquer que seja o ponto de partida para o estudo da posse, necessário se faz o estudo das teorias de Savigny e Ihering, as quais são os pilares em que se fundam os demais estudos em torno da posse. A teoria subjetiva de Savigny<sup>5</sup>, diz que é possuidor aquele que reúne dois elementos: o *corpus* e o *animus*, onde o *corpus*, elemento objetivo, diz respeito ao poder físico que a pessoa exerce sobre a coisa. Enquanto o *animus*, elemento subjetivo, caracteriza-se pela vontade de ter uma coisa como sua, e de defendê-la da intervenção de terceiros.

É de notar que para o referido doutrinador, só se terá posse quem reunir os dois requisitos supracitados, eis que, caso se caracterize apenas um dos requisitos, inexistirá a posse. Este pensamento ou teoria não vingou até os dias atuais.

Noutro falar, surge a teoria objetiva<sup>6</sup> de Ihering, desconsiderando a necessidade da existência do elemento subjetivo *animus domini* para se caracterizar posse. Para Ihering, caracteriza-se a posse tão somente pela existência do elemento *corpus*, e, nesse caso, não se traduzindo no efetivo poder físico sobre a coisa como defende Savigny, mas sim pelo simples apresentar perante a coisa como se dono fosse. E salientou DINIZ<sup>7</sup>(2002, p.37), “Assim sendo, na definição de Ihering a posse é a exteriorização ou visibilidade de domínio, ou seja, a relação exterior intencional, existe normalmente entre o proprietário e sua coisa”.

Com efeito, a teoria objetiva de Ihering mostra-se a mais correta, sendo a mesma adotada pelo atual Código Civil Brasileiro.

# THEMIS

## 2.1 A posse como um fato

Aqueles que aderem a esta corrente entendem ser a posse apenas um estado de fato, em que o possuidor aparenta ser o dono da coisa. A situação de posse pode surgir sem qualquer suporte jurídico e que os direitos e deveres que daí podem surgir são os efeitos dessa situação de fato.

Ocorre também que o direito provém de um fato. Assim, se a posse entendida como fato gera direitos, isso não necessariamente excluirá a não compreensão de posse de fato. E os direitos gerados pela posse, situação de fato, podem ter naturezas diferentes. O possuidor poderá ter o direito de gozo e fruição, que são direitos reais, como poderá ter direito creditício, de indenização por benfeitorias.

A posse surgiu antes mesmo da propriedade, decorreu da própria natureza, não foi instituída, simplesmente se deu, naturalmente, o que reforça a sua ideia de fato. É fato natural, enquanto a propriedade é um direito, que surgiu como necessidade de organização da sociedade.

Ponto finalizando, ressaltamos que os efeitos da posse estão agarrados ao fato. Só existem os direitos provenientes da posse enquanto perdura o fato. Se este deixa de existir, se extingue também o direito. A compreensão da posse como fato ou direito nem estão muito distantes. A diferença substancial é se os direitos provenientes da posse são considerados simplesmente efeitos que não afetam a sua natureza de fato ou se esses direitos que protegem a posse acabam por lhe conceder natureza de direito.

## 2.2 A posse como um direito real

Ao contrário do que foi articulado anteriormente, surge outro pensamento doutrinário defendendo não ser a posse um estado de fato, mas sim um direito, gozando este de proteção jurisdicional. Ihering, o grande propulsor de tal corrente, fundamenta sua teoria ficando-se no fato de que os direitos são interesses juridicamente protegidos, sendo a posse protegida pelo ordenamento jurídico” não pode haver a menos dúvida de que é necessário reconhecer o seu caráter de direito” (IHERING, 2005, P.48)<sup>8</sup>.

Nesse caminho, o professor Miguel Maria Serpa Lopes compactuando com os ensinamentos de Ihering, ao comparar a posse com os demais institutos do nosso direito, complementa:

Não temos dúvida em que a posse é um direito e não simplesmente uma pura relação de fato. Demais, *ex facto iusoritur*. Se formos considerar a posse como um não direito pela circunstância de se basear num fato, tal marca teríamos de lançá-la em outros muitos institutos, porquanto, ao mesmo modo, se funda em relações de fato. E entendemos assim como um direito por isso que se nos afigura incontestável a presença de uma relação jurídica e aparelhado da *actio* (LOPES, 2001, p. 103).

Partindo da premissa de que a todo direito existe uma ação que o assegura, e que o legislador criou ações para a proteção da posse, facilmente pode-se entender a posse com natureza de direito. E neste rumo, assinala a respeitada jurista Maria Helena de Diniz ao considerar a posse como desmembramento da propriedade e assim sustenta:

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 posse. Nada mais objetivo do que integrar a posse na mesma categoria jurídica da propriedade, dando ao possuidor a tutela jurídica (DINIZ, 2002, p.49).

Não é diferente o pensamento de Caio Mário da Silva Pereira que ressalta ainda que a posse possui todas as características identificadoras dos direitos reais. Assim nos ensina o mestre: “(...) 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. (PEREIRA, 2003, p. 27).

E no mesmo caminho temos no artigo 1.196 do Código Civil Brasileiro o conceito de posse como sendo o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade. Para esta corrente, nada obsta então ser a posse um direito real, logo que ela ocorre quando se exerce poderes de propriedade, que por sua vez é o principal direito real, do qual dependem também todos os outros direitos dessa categoria.

Por derradeiro, César Fiuza<sup>9</sup>, seguindo lições de Ihering, ensina ainda que: “(...)a posse difere dos outros direitos reais. Enquanto nestes o fato é apenas a sua origem, desaparecendo com o nascimento do direito, na posse, o direito só existe enquanto existir o fato(...)” (FIUZA, 2008, p. 854).

## 2.3 A posse como um Direito Pessoal

Noutro prumo, uma parte da doutrina ao entender a posse como um direito, e por crerem também que não é um direito real, declara a posse como um direito obrigacional ou pessoal. O principal fundamento dessa corrente, como acima citado, é o fato da posse não estar incluída no rol taxativo dos direitos reais.

Outro fundamento dessa vertente, apesar de renomados autores, como antes citado, entenderem o contrário, é o fato da posse não ser oponível contra todos, ou seja, ela não é oponível *erga omnes*. Assim, falta à posse uma das principais características dos direitos reais, seu caráter absoluto. Sobre o tema, Nelson Rosenvald<sup>10</sup> e Cristiano de Farias<sup>11</sup> concluem:

Outros doutrinadores de renome, como Darcy Bessone concebem-na como direito obrigacional com argumentos que explicam a impossibilidade da oponibilidade do direito do possuidor contra todas as demais pessoas. A posse não foi expressamente elencada como um direito real, quer pelo rol *numeros clausus* do art. 1225 do Código Civil, quer em legislação esparsa. E não se olvide que a tipicidade é uma das características dos direitos reais (FARIAS; ROSENVALD, 2009, p.33).

Assim, não possuindo caráter absoluto como os direitos reais, a posse se torna fraca em relação aos mesmos:

Com efeito, embora a posse, como aparência de propriedade, possa ser protegida até contra o próprio proprietário, ela acaba cedendo à propriedade. Assim, ainda que o possuidor possa vencer a demanda possessória contra o proprietário, este acabará reavendo a coisa, por meio das reivindicatórias (GONÇALVES, 2010, p.76).

Outra característica desta doutrina e que se arrima no fato das ações possessórias terem a função de defender a pessoa possuidora de possível e eventual afronta a seu exercício da posse:

Savigny, que, como vimos, entende a posse como um misto de fato e de direito, classifica-a como uma relação obrigacional *ex delicto*. Parte do pressuposto funcional da posse, isto é, a posse ter por função, consoante a sua opinião, proteger a pessoa do possuído, pois

que, no fundo, é a pessoa como tal que deve ficar ao abrigo de toda violência, por ser esta contrária ao direito (LOPES, 2001, p.104/105).

Certamente que em alguns casos, a posse será legitimada não pelo exercício de um direito real, mas sim, por uma relação de caráter obrigacional. Neste aspecto, estacamos a posse advinda de um contrato de comodato ou locação, por exemplo. Assim, nesses casos, a posse tem caráter obrigacional, eis que seu nascedouro está numa regulação intersubjetiva que reconhece seu exercício.

## **2.4 A posse como um direito especial**

Diante das complexidades demonstradas, surge esta última vertente, reconhecendo a posse como um direito, todavia, não se amoldando perfeitamente aos direitos reais, nem aos direitos obrigacionais. Nesse sentido, são os ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves ao citar José Carlos Moreira Alves:

(...) em razão das peculiaridades que a posse apresenta, de a enquadrarem em qualquer das categorias jurídicas da dogmática moderna, vários autores se tem limitado a salientar que a posse é uma figura especialíssima, e portanto, *sui generis* (GONÇALVES, 2010, p.76).

De notar que não estamos autorizados a dizer que, o simples fato da posse não ser um direito real a enquadra no direito obrigacional (ou pessoal). E de outra banda inserir a posse em meio aos direitos reais é um grande equívoco. E essa corrente ao afirmar não ser a posse um direito real, se funda no fato de ser dispensável a participação do cônjuge nas ações possessórias, salvo nos casos de comosse ou de ato praticado por ambos.

Devido essa dispensabilidade, extrai-se o entendimento de que a posse não tem natureza real. Todavia, vale ressaltar que, apesar da posse não ser apenas um direito real ou um direito obrigacional, possui características de ambos.

E de certo que o fato de a posse ser oponível contra todos, e até mesmo contra o proprietário da coisa (oponibilidade contra todos), mostra-se também uma característica dos direitos reais. E em assim sendo, não sendo a posse apenas um fato, nem puramente um direito real ou obrigacional, e, sendo ela, um direito, a corrente que mais se aproxima da realidade é a que diz ser a posse um direito especial.

## THEMIS

Nesse diapasão, em meio a tantas peculiaridades que cercam a posse, uma se mostra de grande obscuridade e importância: tentar adequá-la em uma classe jurídica, dar-lhe uma natureza jurídica. Na verdade muito se fala sobre a natureza jurídica de determinado instituto, mas poucas vezes preocupa-se em definir e explicar sobre o que é a natureza jurídica.

Como se viu, no decorrer deste estudo, quatro vertentes principais tentaram definir qual é a face jurídica da posse, defendendo ser ela: um fato; um direito pessoal (obrigacional); um direito real ou um direito especial.

### 3 FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE NO DIREITO BRASILEIRO

A questão da função social da posse como consequência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares adquiriu uma larga importância, pois vem efetivar os direitos fundamentais ao trabalho e à moradia no contexto do Estado Democrático de Direito, principalmente com o atual Código Civil.

Neste norte analisaremos este instituto como corolário da efetivação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, para ao final desta análise conseguirmos responder a seguinte pergunta: qual o conteúdo e o alcance da função social da posse no direito brasileiro atual?

Importante trazer à baila o fato de que a função social da posse tem sido frequentemente criticada, sob o argumento de que a função social da posse é até mais importante que a função social da propriedade, pois é através da posse trabalho e da posse moradia que se dá efetivação de princípios constitucionais.

A função social da posse é um instrumento recente, e veio satisfazer uma necessidade social econômica. E de fato não é uma limitação ao direito de posse e sim a exteriorização do conteúdo imanente da posse, permitindo uma visão mais ampla do instituto, de sua utilidade social e de sua autonomia diante de outros institutos jurídicos como o do direito de propriedade.

Sem embargo, cabe se fazer a distinção entre função social da propriedade e função social da posse. Vejamos, a função social da posse é mais evidente; a posse já é dinâmica em seu próprio conceito; e, o fundamento da função social da posse revela uma expressão natural da necessidade. A função social da propriedade é menos evidente; sua finalidade é instituir um conceito dinâmico de propriedade em substituição do conceito estático; e, o fundamento da função social da propriedade é eliminar da propriedade o que há de eliminável.

Deve-se salientar que a posse é uma necessidade social e econômica, e por isso a posse precisa de função social para cumprir os requisitos a ela atinentes. Neste sentido, vejamos as colocações de Albuquerque:

Vale dizer, este gérmen da funcionalização social do instituto da posse é ditado pela necessidade social pela necessidade da terra para o trabalho, para a moradia, enfim, necessidades básicas que pressupõem o valor de dignidade do ser humano, o conceito de cidadania, o direito de proteção à personalidade e à própria vida.<sup>12</sup>

A função social da posse vem, deste modo, atender o princípio da dignidade da pessoa humana e por essa razão não é limitação ao direito de posse, mas sim exteriorização do conteúdo agregado da posse, o que permite uma visão mais ampla do instituto, de sua utilidade social e de sua autonomia diante de outros institutos jurídicos como o do direito de propriedade.

E como bem se sabe, a função social da posse não está expressamente disposta em nosso ordenamento jurídico, apenas a posse que está prevista nos artigos 1.197 ao 1.225 do Código Civil. Já a função social da posse está presente nos princípios constitucionais, nos interesses da sociedade, e nas decisões dos Tribunais como podemos ver:

**EMENTA:** APELAÇÃO CÍVEL. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DEMOLITÓRIA. CASA, EM FAVELA, CONSTRUIDA JUNTO À VIA FÉRREA. IRREGULARIDADE. INEXISTÊNCIA DE PROJETO E ALVARÁ DE EDIFICAÇÃO. APELAÇÃO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. Necessidade de se analisar não apenas o aspecto técnico-jurídico da questão, como, também, seu aspecto sócio-econômico. Para ser possível a demolição, tem o Município que assegurar à apelada outra habitação que garanta sua dignidade como pessoa humana, APELAÇÃO PROVIDA, VOTO VENCIDO. (Apelação Cível n 70008877755, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator. Vasco Della Giustina, Julgado em 18/08/2004).<sup>13</sup>

Apesar da função social da posse ser trabalhada apenas com os princípios constitucionais positivados, isso não a torna menos importante que a função social da propriedade, mas não devemos confundir os institutos, pois eles são autônomos e independentes. Afinal a função social da posse e muito menos na propriedade, que mesmo sem o uso pode se manter como tal.

## THEMIS

O fundamento da função social da propriedade é eliminar da propriedade privada o que há de eliminável, ou seja, tem limitações fixadas no interesse público e tem a finalidade de instituir um conceito dinâmico a propriedade. O fundamento da função social da posse, por sua vez, revela uma expressão natural da necessidade.

Já a função social da propriedade está integrada ao conteúdo do direito de propriedade, assumindo aspectos diversos da função social da posse, como podemos verificar:

A função social( da propriedade) está integrada, pois ao conteúdo mínimo do direito de propriedade, e dentro deste conteúdo está o poder do proprietário de usar, gozar e dispor do bem, direitos que podem ser objetos de limitações que atendem a interesses de ordem pública ou privada.[...] A função social da propriedade assume dois relevantes aspectos. [...]o primeiro, se referindo aos aspectos estáticos da propriedade, da sua apropriação, estabelecendo limites para a extensão e aquisição da propriedade por parte do proprietário. O segundo, legitimando a obrigação de fazer ou não fazer, incidindo diretamente sobre a atividade de desfrute e de utilização do bem e condicionando a estrutura do direito e o seu exercício.<sup>14</sup>

A função social da posse vem ao encontro do princípio da igualdade, eleva o conceito da dignidade da pessoa humana, fortalece a ideia de Estado Democrático de Direito e ameniza as necessidades vitais da sociedade. A posse é reconhecida em dois momentos, o primeiro deles é o momento da violação e o segundo é quando ela cumpre sua função social, neste sentido, complementa Albuquerque:

A função social da posse representa uma alteração do paradigma do conceito da posse, maximizando-o, para visualizar, ao lado dos elementos internos, que são a apreensão física da coisa e a vontade, um outro elemento que compõe esta vontade, qual seja, a sua utilização econômica, e um elemento externo – a consciência social, tal como proposta pela doutrina de Sateilles.<sup>15</sup>

A função social da posse pode ser abordada na legislação brasileira através dos seguintes artigos do Código Civil: 1.238, parágrafo único, 1.239, 1.240 e 1.241, nos quais temos no artigo 1.238, parágrafo único, a usucapião

extraordinária, que conseqüentemente admite que o proprietário perca o domínio em favor de um número considerável de pessoas, tendo em vista os limites da função social deste imóvel.

Também não se pode deixar de ressaltar os parágrafos 4 e 5 do referido artigo, em que o dispositivo do parágrafo quarto elenca a perda da propriedade, ou seja, o proprietário é privado da coisa esbulhada em troca de uma indenização a título de desapropriação indireta em favor de um terceiro; e, o parágrafo quinto aborda as questões referentes ao pagamento da indenização e o registro da sentença. Como podemos ver essa desapropriação judicial é dada pela posse-trabalho que demonstra, mais uma vez, função social da posse.

No artigo 1.239<sup>16</sup>, do Código Civil, temos a usucapião especial de imóvel rural, que traz como um dos requisitos a fixação de residência na área e produção, ou seja, a função social da posse.

No artigo 1.240<sup>17</sup>, do Código Civil, temos a usucapião especial urbana, onde um dos requisitos é a moradia do requerente e sua família; e, por fim o artigo 1.241<sup>18</sup>, parágrafo único, do Código Civil, aborda o justo título decorrido da posse unida ao tempo.

E, para finalizar colacionamos a seguir o pensamento de Albuquerque quanto ao objetivo da função social da posse:

A função social da posse tem por objetivo instrumentalizar a justiça com nossos próprios valores e experiências históricas, rompendo o condicionamento histórico herdado das sociedades europeias e harmonizando o instituto da posse com nossa sociedade complexa e pluralista do século XXI, profundamente conflituosa e marcada por grandes diferenças sociais.<sup>19</sup>

Desta forma, concluímos que a função social da posse é um instrumento de grande valia para a sociedade hodierna, em destaque para a sociedade brasileira, que apresenta grandes índices de crescimento demográfico, concentrado índice de pobreza na periferia e no campo, deficit de moradia, concentração de terras nas mãos de poucos, entre outros tantos problemas.

E certamente poderá se através de institutos como o da função social da posse que poderemos assegurar um Estado Democrático e Social de Direito.

# THEMIS

## 4 ABRIGO JURÍDICO DA POSSE – INSTRUMENTOS JURÍDICOS

### 4.1 Ação de Manutenção de Posse

É a ação destinada à conservação na posse, protegendo contra a turbação que compete ao possuidor de qualquer coisa, seja móvel ou imóvel, corpórea ou incorpórea, contra quem venha perturbar a sua posse e, é conhecida também pelos nomes de força turbativa, ação de força nova, de preceito cominatório ou interdito de manutenção.

Para fundamentar a ação, deve o autor, em cuja posse se encontra a coisa, provar a turbação praticada contra a dita posse, assinalando a data em que ela se evidenciou, a fim de que dentro de um ano e dia, possa fruir a expedição liminar do mandado de manutenção

Essa turbação há que ser material. É como esclarece COELHO da Rocha:

A turbação se dá por vias de fato, constituindo, pois, em atos materiais, não em palavras ou intenções. E, por se exigir turbação material, ela deve ser evidenciada turbação de fato, pois que a turbação de direito buscaria outro remédio processual para garantir da ameaça.

Seja na turbação, seja no esbulho, a posse deve ser julgada, preferencialmente, a favor daquele que prova o domínio sobre a coisa. E já era esse o pensamento do grande TEIXEIRA Dias: “(...) mas, não se deve julgar a posse em favor daquele a quem evidente não pertencer a propriedade”.

E de igual maneira pensam João Luís Alves, Carvalho Santos e Clóvis Beviláqua: “Não se deve julgar a posse em favor daquele a quem evidentemente não pertencer o domínio.”

Tal como na ação de reintegração, o réu pode exigir, na manutenção, que o autor preste caução, sob pena de depósito de coisa litigiosa.

Na ação de manutenção cabe ao autor pedir perdas e danos, como ao réu, em sua contestação.

### 4.2 Ação de Interdito Proibitório

Interdito proibitório é a ação possessória que objetiva evitar que a posse seja afrontada, quando houver fundado receio de moléstia. Nessa

hipótese, a turbação ou esbulho ainda não terá havido. O possuidor ainda não terá sofrido qualquer óbice ao exercício da posse, mas os indícios de vir a sofrer são veementes, o que autoriza a proteção possessória preventiva. Trata-se de ação de caráter mandamental. O possuidor, temendo ser turbado ou esbulhado, postula a proteção possessória, mediante a expedição de ordem acompanhada de cominação de pena pecuniária, para o caso de o réu vir a agredir sua posse.

Para o Professor Antonio Carlos Marcato,<sup>20</sup>

(...) o mandado proibitório tem natureza mandamental e é dotado de autoexecutoriedade, de tal sorte que, descumprindo-o o réu, ficará sujeito à pena pecuniária fixada pelo juiz, sem prejuízo, evidentemente, da manutenção ou reintegração de posse e, ainda, de eventual indenização por perdas e danos.

Ainda, o procedimento do interdito proibitório em nada difere daquele e na visão sábia de Vicente Greco Filho<sup>21</sup> temos que:

O possuidor direto e indireto que tenha justo receio de ser molestado na posse poderá impetrar ao juiz que o segure na turbação ou do esbulho iminente, mediante amandado proibitório, em que se comine ao réu determinada pena pecuniária, caso transgrida o preceito. Esta ação, que tem por fundamento a ameaça de turbação ou esbulho da posse, é uma ação de precito cominatório. Devem ser observados, pois, os princípios contidos no art. 287 e na execução das obrigações de fazer e não fazer que contenham a multa cominatória. No que for cabível, aplica-se ao interdito proibitório o disposto para as ações de manutenção e reintegração de posse, inclusive quanto à concessão de medida de liminar.

### **4.3 Ação de Reintegração de Posse**

Têm-se tornado muito comum, no Brasil afora, as invasões de terras e propriedades. Essas invasões são o reflexo de uma crise econômica que dura anos e anos, em razão da qual a grande maioria da população não consegue adquirir a tão sonhada “casa própria” ou o “pedacinho de terra”. Esse talvez tenha sido o motivo da criação do conhecido “Movimento dos Sem-Terra”.

As pessoas mais pobres, cansadas de viverem nas ruas, mendigando, morando embaixo de pontes ou em albergues, invadem a propriedade alheia, que geralmente está desocupada.

## THEMIS

Está certo que não é justo deixar a população pobre dormir ao relento, ou não deixá-la ter sua terra para cultivo e moradia, mas é, da mesma maneira, injusto, que um cidadão tenha uma propriedade sua, que muitas vezes levou uma vida inteira de trabalho para conseguir, invadida. Acreditamos que o problema é governamental, e não de proprietários pequenos, médios, ou grandes, já que a Constituição Federal diz, no seu artigo 7º, IX, que “é da competência da União, Estados, Municípios, promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico”.

Porém, uma vez invadida a propriedade, outra solução não resta ao proprietário senão tomar as providências legais e judiciais. Assim, esbulho possessório, coloquialmente dizendo, nada mais é do que a recusa injustificada dos invasores, em devolver a posse do imóvel. É a mora, a confissão do dever.

A ação de reintegração de posse, é uma ação sumária, que terá sempre a mesma limitação do campo das defesas permitidas ao demandado. Mesmo sendo materialmente sumárias, podem ter como veículo um procedimento ordinário.

O autor da ação precisa demonstrar que fora possuidor e que, em virtude do esbulho possessório cometido pelo demandado, teve como resultado o de perder a posse. A ação de reintegração de posse pressupõe que o autor haja sido desapossado da coisa em virtude do esbulho. Se o autor, tendo perturbações com a posse, mas está conservando a mesma, em sua total condição de coisa, sem alterações a ação competente não será a de reintegração e sim a de manutenção de posse; e se o possuidor apenas teme a prática de uma agressão iminente à posse, então a ação cabível passa a ser o interdito proibitório de que dispõem os artigos 932 e 933 do Código de Processo Civil.<sup>22</sup>

Para que se possa estabelecer a distinção correta entre as duas espécies de interditos – o recuperatório da posse e o do simples manutenção – é necessário determinar os casos em que, segundo nosso direito, o possuidor deve ser tido despojado da posse; e os casos em que, não obstante esteja ele afastado momentaneamente do poder fático efetivo sobre a coisa, ainda o considere a lei possuidor.

Há muita polêmica ainda em torno do artigo 923 do Código de Processo Civil, mas as decisões jurisprudenciais tem sido favoráveis ao real proprietário da coisa na sua maioria, mas o conflito continua gerando discussões com relação à competência e também às partes da ação. Neste sentido a Súmula 487 do STF<sup>23</sup> define a discussão com a seguinte redação: “Será deferida a posse a quem, evidentemente, tiver o domínio, se com base neste for ela disputada”.

Nesta ordem de ideias tem-se:

“A Súmula 487 só se aplica nas hipóteses em que ambos os litigantes pretendem a posse a título de domínio, não quando um deles a defende por ela mesma, até porque não é proprietário do imóvel” (RTJ 123/770).

Ainda:

Será deferida a posse a quem evidentemente tiver domínio, apenas se com base neste for a posse disputada por um ou por outro dos litigantes” (STJ – 4ª Turma, Resp 6.012-PR, rel. Min. Athos Carneiro. J13.8.91, não conheceram, v.u., DJU9.9.91, p.12.205).

Não cabe, em sede possessória, a discussão sobre o domínio, salvo se ambos os litigantes disputam a posse alegando a propriedade ou quando duvidosas ambas as posses alegadas” (STJ – 4ª Tur. Resp5.462-MS, rel. Min. Athos Carneiro. J. 20.8.91, não conheceram, v.u., DJU 7.10.91, p. 13.971).

Na pendência de processo possessório fundido em alegação de domínio, é defeso assim ao autor como ao réu intentar a ação de reconhecimento de domínio – art. 923 do CPC” (RE 199.179-0-PA, rel Min. Cordeiro Guerra, j. 3.8.71, deram provimento, v.u. DJU 31.8.79, p.6.470).

A proibição do art. 923 é restrita à pendência de ação possessória. Não impede que, ajuizada reivindicatória, o réu proponha ação de usucapião (RJTJESP 84/203).

#### **4.4 Ação de Imissão na Possessória**

É uma ação que tem natureza definitiva, uma vez que possui caráter petitório e não possessório. O que a distinguirá da ação reivindicatória é o fato de esta possuir ainda natureza materialmente plenária e reivindicar a coisa sempre com fundamento no direito de propriedade e em decorrência de moléstia, enquanto que a ação de imissão na posse possui natureza materialmente sumária, ainda que ação de natureza petitória e de cunho definitivo.

Na história do Direito brasileiro, a princípio, a ação de imissão na posse sofreu diversas controvérsias, a começar por sua existência, tanto em seu

## THEMIS

plano material quanto em seu plano processual. A problemática em seu plano processual, para reconhecer as ações executivas e mandamentais, negadas pela doutrina clássica, constitui a princípio um desafio e obstáculo que precisa ser eliminado.

Não obstante, ainda encontra-se grande resistência em face da ação de imissão na posse no que diz respeito a sua existência material, desde antes da promulgação do Código Civil de 1916, quando, em acórdão de que foi relator Raphael Magalhães, que negou cabimento a uma ação de imissão na posse, deu ensejo ao voto de Edmundo Lins que se tornou conhecido, no qual este jurista negava, em termos radicais, a existência da ação de imissão de posse na posse no Direito brasileiro, declarando-a não só desconhecida de nosso sistema, como absolutamente supérfluo e desnecessário o interdito *adipiscendae possessionis* dos romanos, já que, segundo o magistrado, as ações possessórias previstas pelo Código Civil e a ação reivindicatória preenchiam perfeitamente todo o escopo que poderia ser ocupado pela questionada ação.

Afirma Ovídio A. Baptista da Silva<sup>24</sup> em relação às divergências acerca da ação de imissão na posse que:

É uma história singular, em que as mais acirradas divergências se dão, precisamente, a respeito da questão ligada à existência dessa ação, intermitentemente negada por juristas antigos e recentes. E o mais notável é que sua história no direito brasileiro registra uma controvérsia constante, que a ação apareça em texto de lei processual, como ocorreu na vigência de alguns Códigos Estaduais de Processo pré-unitários, que a contemplavam, ou durante a vigência do Estatuto Federal de 1939, quer nos períodos legislativos em que se sustenta sua eliminação do sistema, como se supõe que seja a intenção do legislador de 1973.

Assim, prossegue Ovídio A. Baptista da Silva que nos informa que:

A promulgação do Código de Processo Civil, em 1939, com a expressa inclusão, dentre as possessórias, da ação de imissão de posse, regulada pelos artigos 381 a 383, alimentou as controvérsias e reacendeu o debate, se não no campo jurisprudencial que teve de conformar-se ao texto claro da lei e admitir como existente a demanda, ao menos m sede doutrinária.

Nesse sentido, podemos afirmar que a ação de imissão na posse é um mecanismo hábil e adequado a gerar modificações substanciais na temática a ponto de servir a situações que anteriormente ficavam sem remédio jurídico ou então para situações em que este remédio era mal ministrado.

Este fato nos dá segurança para tratar de forma tranquila e com mais familiaridade a questão acerca de sua natureza jurídica e suas peculiaridades, pois a ação de imissão na posse, ao contrário da ação reivindicatória, nem sempre tem como fundamento o domínio, podendo ter como causa de pedir um negócio jurídico, ou então, um direito real que garanta direito à posse, tais como a enfiteuse, usufruto, uso, promessa de compra e venda e habitação; a segunda diferença está no fato de que a ação de imissão na posse será sempre uma forma originária de aquisição de posse, ao passo que a ação reivindicatória será dada àquele que tinha e perdeu a posse; por fim, outra diferença entre a ação de imissão na posse e a demanda reivindicatória consiste na justidade ou não da posse do legitimado passivo. Isto significa, nas palavras de Paulo Tadeu Haendchen e Rêmolo Letteriello que:

A justidade da posse( Código civil de 2002, artigo 1.200, verbo: “É justa posse que não for violenta, clandestina ou precária”), ou sua injustidade, tem pertinência se a ação de direito material de que se trata é a ação executiva de reivindicação, mas não tem relevância jurídica se a pretensão do legitimado ativo foi deduzida em ação executiva de imissão de posse.

Na lição de Vilson Rodrigues Alves,<sup>25</sup> a ação de imissão na posse apresenta-se como de ação real sempre que n suporte fático, ou seja, sempre que tiver como causa de pedir a titularidade de direito de possuir decorrente de direito real, entretanto, terá natureza pessoal sempre que o direito de possuir tiver como fundamento direito obrigacional.

Entretanto, entendemos que a afirmação é imprecisa, porquanto nas ações pessoais pede-se a obrigação, ao passo que nas ações que visam a aquisição, recuperação, proteção da posse são ações reais, mesmo que não se fundem em direitos reais, pois estas ações não visam o cumprimento de obrigação, mas sim, aquisição, recuperação ou proteção da coisa.

Assim é o caso da ação de imissão na posse, que em todos os casos, seja ela fundada em direito real ou seja ela fundada em direito obrigacional, terá natureza de ação real, visando sempre à aquisição possessória originária do bem.

## THEMIS

Neste caminho, viu-se então que a nação de imissão na posse, para que seja considerada ação pela doutrina e pela jurisprudência, deve conter algo de especial, que a diferencia dos institutos possessórios e também, principalmente, da ação reivindicatória. Neste sentido, o que individualiza a ação de imissão na posse é o direito material e não processual.

Temos então que a ação de imissão na posse possui, materialmente, natureza sumária, que nas palavras de Ovídio A. Baptista da Silva significa:

O que caracteriza a sumariedade material de uma determinada ação é a separação entre a ação e as correspondentes exceções que o demandado poderia – se ela fosse plenária – opor à sua procedência. Em vez da faculdade que a ordem jurídica [sic] confere ao demandado de valer-se de todas as defesas que lhe possam socorrer, nas ações materialmente sumárias, muitas dessas objeções, que poderiam se empregadas como defesas, terão de ser utilizadas pelo demandado em demanda posterior independentemente, tornando-se, portanto questões de outra lide de sentido inverso, de que o demandado, tendo sucumbido no sumário, poderá valer-se para desfazer o resultado prático que lhe fora adverso.

Para a obtenção desta satisfatividade, entretanto, faz-se necessário também que a ação de imissão na posse seja executiva lato sensu, ou seja, a decisão a ser proferida pelo magistrado deverá declarar a ilegitimidade da posse do sujeito passivo, não havendo que se falar, neste momento, em nova ação de execução, mas sim de execução no próprio processo da demanda.

A ação de imissão na posse deve ser um meio rápido de satisfazer o direito à posse. Assim, acredita-se que a ação de imissão na posse, no que tange ao procedimento, à forma, tramitará pelo rito comum, ordinário ou sumário.

### 4.5 Fungibilidade das ações possessórias

Fungibilidade significa, no conceito jurídico, a substituição de uma coisa por outra. O princípio da fungibilidade indica que uma ação proposta de forma inadequada, pode ser considerada válida, permitindo que o magistrado receba e processe a demanda equivocada (ação de reintegração de posse), quando o caso reclamava o ajuizamento de outra espécie possessória (ação de manutenção de posse), nos moldes do art. 920 do CPC.

Na lição do Professor Antonio Carlos Marcato,

(...) essa fungibilidade é justificável, pois o autor pleiteia, junto ao órgão jurisdicional, a tutela possessória pertinente e idônea, sendo irrelevante, portanto, uma vez demonstrada a ofensa à sua posse, tenha ele originalmente requerido tutela diversa daquela adequada à solução injusta criada pelo réu. Aliás, por vezes o autor promove ação em razão de determinada conduta do réu e este modifica o estado de fato de determinada conduta do réu e este modifica o estado de fato no curso do processo, impondo ao juiz, constatada tal circunstância, a concessão da tutela possessória pertinente. Importa, pois, para concessão da tutela adequada a que alude o art. 920 do CPC, que a causa de pedir seja, genericamente, a ofensa ao direito de posse do autor e, ainda, que este tenha postulado a concessão da tutela possessória. A fungibilidade diz respeito às ações possessórias típicas, pouco importando o procedimento adotado para seu processamento em juízo.

No mesmo sentido, Vicente Greco Filho ensina que:

(...) a propositura de uma ação possessória em vez de outra não obstará a que o juiz conheça do pedido e outorgue a proteção legal correspondente àquela, cujos requisitos estejam provados. Justifica a regra a sutil diferença que pode existir entre uma situação de esbulho e uma situação de turbação ou entre esta e a simples ameaça, devendo o juiz dar o provimento correto, ainda que a descrição inicial não corresponda exatamente à realidade colhida pelas provas. Essa regra, porém, como exceção aos princípios consagrados nos arts. 459 e 460 (...), deve ser interpretada estritamente, não admitindo extensão analógica para outros casos. Ela se refere exclusivamente à fungibilidade entre as possessórias; não é aplicável, por exemplo, entre o pedido possessório e petitório. A propositura de possessória quando caberia reivindicatória, ou vice-versa, leva à carência da ação por falta de interesse de processual adequado. Não há possibilidade de o juiz aceitar uma pela outra(...)

Cumprе salientar que a fungibilidade de ações autorizadas pelo art. 920 do CPC é apenas para as ações possessórias, e não para as demais. A ação de imissão de posse, sabidamente, não é ação possessória destinada à proteção da posse, mas sim ação petitória a favor de quem vai em busca da posse.

Configura julgamento extra petita a decisão de lide não proposta, diferente daquela que resultou da pretensão formulada em juízo.

Na esteira, decidiu o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Bem móvel. Reintegração de posse. Fungibilidade da ação possessória. Prova dos autos que permite auferir que a ré causou dissabor à autora e lhe criou situação de necessidade de vir a Juízo postular sus direitos. Inteligência do art.3º, da Lei 9610/98, que considera como coisa móvel os direitos autorais. Proteção possessória parcialmente concedida de *interdito proibitório*, para vedar à ré o uso dos dados eletrônicos em seu poder, fruto do trabalho intelectual da autora e para, também, reconhecer que foi a ré, com seu comportamento, quem deu ensejo à ação que, por isso, deve arcar com os ônus sucumbenciais. ( APL-CRevNº.1059991-0/7; São Paulo; 34 Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Rosa Maria de Andrade Nery; Julg.18/06/2008).

## 5 PROTEÇÃO POSSESSÓRIA – INSTRUMENTOS ATÍPICOS

### 5.1 Embargos de Terceiro

Geralmente, a defesa do direito violado ou ameaçado se faz através de recurso ao Poder Judiciário. Contudo, há casos em que a vítima tem a possibilidade de defender-se diretamente com seus próprios meios, contando que obedeça os requisitos legais.

Os embargos de terceiro nada mais é que uma ação formulada por um terceiro, na defesa de seus bens objeto de apreensão judicial estabelecida por medida do juiz em um processo do qual não é parte integrante.

Portanto, a finalidade dos embargos de terceiro é liberar o bem que é de posse e de domínio de terceiro estranho à relação processual. Assim, temos como pressupostos dos embargos de terceiros uma apreensão judicial, a condição de senhor ou possuidor do bem, a qualidade de terceiro em relação ao feito de quem emanou a ordem de apreensão e sua oposição no prazo do artigo 1.048 do Código de Processo Civil.

A diferença é que para impetrar com a ação de embargos de terceiro, o ato que aflije o direito possessório deve derivar sempre de ordem judicial, enquanto que, para se intentar com uma ação possessória, é necessário que a violação da posse decorra de ato de particular ou da administração pública.

Nessa toada, os embargos de terceiro acham-se à disposição tanto do proprietário como do possuidor e são, depois das ações típicas, os mais utilizados

meios de defesa da posse, pois por eles se protege a turbação ou esbulho de bens por atos constitutivos judiciais, tais como a penhora, arresto, sequestro, busca e apreensão, etc.

O Código de Processo Civil dispõe que:

Art. 1.046. Quem não sendo parte do processo, sofrer turbação ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial, em casos como o de penhora, depósito, arresto, sequestro, alienação judicial, arrecadação, arrolamento, inventário, partilha, poderá requerer lhe sejam mantidos ou restituídos por meio de embargos – § 1º Os embargos podem ser de terceiros senhor e possuidor ou apenas possuidor. – § 2º Equipara-se a terceiro a parte que, posto figure no processo, defende bens que, pelo título de sua aquisição ou pela qualidade em que os possuir, não podem ser atingidos pela apreensão judicial. – § 3º Considera-se também terceiro o cônjuge quando defende a posse de bens dotais, próprios, reservados ou de sua meação.

Art. 1047. Admitem-se ainda embargos de terceiros: I – para a defesa da posse, quando, nas ações de divisão ou de demarcação, for o imóvel sujeito a atos materiais, preparatórios ou definitivos, da partilha ou da fixação de rumos; II – para o credor com garantia real obstar alienação judicial do objeto da hipoteca, penhor ou anticrese.

Em razão de sua natureza os embargos de terceiro sempre decorrem de outro processo judicial, tanto que a ação deve ser distribuída por dependência, correndo perante o mesmo juiz que determinou o ato construtivo como dispõe o artigo 1049 do Código de Processo Civil: “Art. 1.049. Os embargos serão distribuídos por dependência e correção em autos distintos perante o mesmo juiz que ordenou a apreensão”.

É de certo que somente tem legitimidade para intentar a referida ação quem não for parte no outro processo e guardar a condição de terceiro. A ação pressupõe a discussão de direito distinto daquele versado no outro processo, a teor do § 2º do artigo 1046 do Código de Processo Civil colacionado acima.

As constantes referências à posse na lei processual não deixam dúvidas de que a medida pode ter cunho exclusivamente possessório. E é nesse sentido que leciona Venoso (2009, p. 149):

## THEMIS

Efetivamente, os embargos de terceiro representam a própria ação de manutenção, ou de reintegração de posse, que, por necessidade de ordem prática, adota forma processual diversa.

(...)

Vê-se que os embargos de terceiro tem a indisfarçável finalidade de devolver ao titular a sua posse, de que se viu privado, de devolver a tranquilidade nela, ante uma ameaça.

Digno de realce é que quando os embargos versarem sobre todos os bens discutidos no processo principal, esse se suspenderá, prosseguindo se a contração for parcial, conforme estabelece o artigo 1.052 do Código de Processo Civil. “Art. 1.052. Quando os embargos versarem sobre todos os bens, determinará o juiz a suspensão do curso do processo principal; versando sobre alguns deles, prosseguirá o processo principal somente quanto aos bens não embargados”.

Os embargos de terceiro também podem ser aviados diante de ameaça efetiva de turbação ou de esbulho à posse, como no caso de decisão judicial que determina a penhora de bem, ainda que não expedido o mandado. Sendo certo que esse recurso pode ser aviado a qualquer tempo, antes da sentença ou na execução, até cinco dias após a arrematação, adjudicação ou remição, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta.

### 5.2 Ação de Nunciação de obra Nova

O direito de propriedade não se concebe como sendo absoluto e ilimitado, eis que o direito dos outros condiciona e delimita o exercício desse direito. E exatamente uma dessas limitações é concernente ao direito de construir, ou seja, as normas legais permitem ao proprietário levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, todavia deve se resguardar os direitos dos vizinhos, bem como, respeitar os regulamentos administrativos.

No caso de alguém se sentir lesado, em decorrência de obra que esteja ainda sendo construída no prévio vizinho, a lei lhe coloca à disposição a chamada ação de nunciação de obra nova, a fim de que possa resguardar os seus direitos. Portanto, a lei lhe permite impedir que o prédio de sua propriedade, por posse, seja prejudicado, em sua natureza, substância, servidão ou fins, por obra em prédio vizinho. Permitindo que se requeira embargo da obra nova, para que fique suspensa e, ao final, caso procedente seu pedido, seja a mesma demolida, modificada à custa do demandado o que tiver sido feito em prejuízo do demandante.

A referida ação está regulada no nosso Código de Processo Civil que diz:

Art. 934. Compete esta ação:

I – ao proprietário ou possuidor, a fim de impedir que a edificação de obra nova em imóvel vizinho lhe prejudique o prédio, suas servidões ou fins a que é destinado;

II – ao condômino, para impedir que o co-proprietário execute alguma obra com prejuízo ou alteração da coisa comum;

III – ao Município, a fim de impedir que o particular construa em contravenção da lei, do regulamento ou de postura.

Art. 935. Ao prejudicado também é lícito, se o caso for urgente, fazer o embargo extrajudicial, notificando verbalmente, perante duas testemunhas, o proprietário ou em sua falta, o construtor, para não continuar a obra.

Parágrafo único. Dentro de 3 (três) dias requererá o nunciante a ratificação em juízo, sob pena de cessar o efeito do embargo.

Art. 936. Na petição inicial, elaborada com observância dos requisitos do art. 282, requererá o nunciante:

I – o embargo para que fique suspensa a obra e se mande afinal reconstituir, modificar ou demolir o que estiver feito em seu detrimento;

II – a cominação de pena para o caso de inobservância do preceito;

III – a condenação em perdas e danos.

Parágrafo único. Tratando-se de demolição, colheita, corte de madeiras, extração de minérios e obras semelhantes, pode incluir-se o pedido de apreensão e depósito dos materiais e produtos já retirados.

Art. 937. É lícito ao juiz conceder o embargo liminarmente ou após justificação prévia.

Art. 938. Deferido o embargo, o oficial de justiça, encarregado de seu cumprimento, lavrará auto circunstanciado, descrevendo o estado em que se encontra a obra; e, ato contínuo, intimará o construtor e os operários a que não continuem a obra sob pena de desobediência e citará o proprietário a contestar em 5 (cinco) dias a ação.

Art. 939. Aplica-se a esta ação o disposto no Art. 803.

Art. 940. O nunciado poderá, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, requerer o prosseguimento da obra, desde que preste caução e demonstre prejuízo resultante da suspensão dela.

§ 1º A caução será prestada no juízo de origem, embora a causa se encontre no tribunal.

§ 2º Em nenhuma hipótese terá lugar o prosseguimento, tratando-se de obra nova levantada contra determinação de regulamentos administrativos.

## THEMIS

Esta ação tem raízes históricas, conhecida no Direito Romano e herdada pelo Brasil através do Direito Português no Código Filipino, protegendo pessoas prejudicadas na forma acima detalhada.

Muito se discute sobre a sua natureza jurídica, já que alguns a classificam como ação possessória, outros a classificam como ação real e outros como ação pessoal.

Segundo Pinto Ferreira, existem três traços característicos que distinguem a ação de nunciação de obra nova das ações possessórias. A primeira pelo fato de que as ações possessórias destinam a defesa da posse, quando os atos ofensivos são praticados contra a própria coisa, com a finalidade de criar sobre ela a posse. Ao passo que o embargo de obra nova, quando a obra ofensiva da posse não é praticada contra a própria coisa sobre que essa recai, não visa constituir uma posse.

Em segundo lugar, a ação possessória pode ser ajuizada independentemente da natureza dos atos constitutivos de esbulho ou turbação, ao passo que a ação de obra nova requer que o ato ofensivo à posse, seja decorrente de uma obra nova.

E por fim, em terceiro lugar, as ações possessórias destinam-se à proteção da posse, quer a obra esteja iniciada ou concluída, ao passo que a ação de obra nova só tem cabimento quando a obra ainda esteja em execução, pois uma vez concluída não é mais cabível.

Também não pode ser considerada ação de domínio já que defende não só a propriedade, mas também a posse e a servidão, e nem pode ser considerada como cautelar, eis que não se restringe apenas ao embargo, já que pode haver cumulação de pedidos.

De bom partido asseverar que não só o proprietário, mas também o possuidor têm legitimidade para propor a ação de nunciação de obra nova e a jurisprudência tem reconhecido que eventual dúvida sobre a propriedade da obra já concluída, não é motivo *a priori* para extinção do feito por carência de ação.

A doutrina tem reconhecido legitimidade ativa para tal ação ao proprietário ou possuidor, que possa ser prejudicado pela obra nova, bem como, ao titular do domínio, enfiteuta, o usuário, o habitacionário, o comodatário ou qualquer outro titular de direito real do uso ou fruição, o testamenteiro, o inventariante, o curador de ausente, o depositário e o administrador.

Uma questão que merece relevo é o fato de que uma das questões controvertidas, podendo inclusive dizer que é a mais controvertida, é a que diz

respeito da possibilidade ou não de figurar no polo passivo dessa ação pessoa jurídica de direito público.

Para alguns doutrinadores não é possível a interposição dessa ação contra obra construída por ente público, pois a mesma teria uma finalidade maior que o interesse do particular e outros doutrinadores entendem que se a pessoa de direito público atua executando obras em imóvel de seu domínio, estranho ao uso público, pode perfeitamente ser ré na ação em comento.

Todavia, firmamos o convencimento que não há restrição legal que impeça o embargo de determinada obra, mesmo que esteja sendo edificada por ente público.

Outra situação controvertida é o fato da obra nova pertencer a várias pessoas, pois seria ou não necessário a formação de litisconsórcio necessário. E nesse caminho há doutrinadores como Adroaldo Furtado Fabrício, Pinto Ferreira e Ernane Fidélis dos Santos que defendem a necessidade da citação de todos os proprietários, ou seja, litisconsórcio necessário. Enquanto outros doutrinadores como Rita Giancesini que sustenta ser o caso de litisconsórcio facultativo, podendo a ação ser proposta contra um dos proprietários.

Certo é que a ação de nunciação de obra nova se revela, assim como o embargo de terceiro, como um instrumento atípico para a proteção possessória.

## 6 ABRIGO JURÍDICO DA POSSE NO DIREITO ARGENTINO

O Código Civil Argentino em seu artigo 2.351 deixa evidente a necessidade da presença do elemento psíquico, que comprova a opção pela teoria subjetiva quanto ao conceito de posse.

Assim dispõe o referido artigo: “Habrà posesión de las cosas, cuando alguna persona, por si o por outro, tenga una caso bajo su poder, con intención de someterla ao ejercicio de um derecho de propiedad”.

Verifica-se, em tal conceito, a necessidade de três requisitos básicos para a caracterização da posse: a-) poder sobre a coisa; b-) a intenção, ou seja, o animus e. c-) que esta intenção tenha ligação com o exercício do direito de propriedade usar ou gozar.

Como apontado por Vélez Sársfiel:

(...) de la misma Partida disse que posesión es tenência derecha que ome há em las cosas corporales, con ayuda del cuerpo e del

entendimiento. Esta definición está enteramente conforme con la nuestra. El Cód. Francés, art. 2228, dice: La posesión es la tenencia, o goce de una cosa o de un derecho que tenemos, o que ejercemos por nosotros mismos, o por outro que lo tiene y ejerce en nuestro nombre. El Código, dice Troplong, toma la posesión en el sentido más general, y en su elemento más simples, es decir es el primer grado que tiene por resultado poner el individuo en relación con la cosa. En cuanto a las variedades de esa relación, que son muy umerosas, por ejemplo, posesión a título de propietario, posesión precária, etc., el Código aún no se ocupa. En los artículos siguientes, el legislador designará las cualidade de que ella debe revestirse a medida que venga a ser la fuente de derechos particulares. Nosotros seguimos el orden inverso: definimos la posesión por la que tiene la mayor importancia jurídica, la que presenta todos los caracteres indispensables para los derechos posesorios, la posesión que sirve para la prescripción, y la que da acciones possessórias adversus omnes, dejando par outro lugar tratar de la posesión que sólo sirve para los interdictos o acciones possessórias. La definición, pues, del Cód. Francés no os contraria a la nuestra pues él define lo que regulamente se llama posesión natural, y nosotros definimos la que por lo común se disse posesión civil.

Leciona o Professor Carlos CLERC que:

Los sentidos em que se usa la palavra “posesión” son diversos aun en la legislación de los preceptos legales, en la medida en que lizado el término. En General se puede expressar que refleja la ideia del ejercicio o possibilidade de ejercicio de um poder de uma persona sobre la cosa, la que se encuentra sometida así a su voluntad; sea foram directa, o por intermédio de outra persona.

Por lo expuesto podemos paroximarnos a um concepto diciendo que: en um sentido amplio, posesión es la relación existente de uma persona con la cosa que le permite ejercer sobre ella actos materiales – usarla, gozarla, aprovecharla – por sí o por outro, con prescindencia de la exitencia, o no, de la relacion jurídica que pudiera justificarla e conterla.

Percebemos então que assim como no ordenamento jurídico brasileiro, a palavra “posse” é utilizada em vários sentidos e o professor Carlos CLERC define a posse em sentido amplo, asseverando que a posse é a relação existente entre a pessoa e a coisa e que esta situação lhe permite exercer sobre esta coisa

atos materiais, tais como de usar, gozar e aproveitar, por si ou por outra pessoa independentemente da existência ou não da relação jurídica que pudesse justificar tais atos.

Ou seja, a posse é uma relação de fato existente entre pessoa e coisa, capaz de produzir efeitos na esfera jurídica. Portanto, deve ser protegida, não pode estar alheia ao direito.

Mais adiante o Código Civil Argentino nos apresenta, assim como no Código Civil Brasileiro, em seu Livro III, Título III as ações possessórias:

Art. 2.468. Un título válido no da sino un derecho a la posesión de la cosa, y no la posesión misma. El que no tiene sino un derecho a la posesión no puede, en caso de oposición, tomar la posesión de la cosa: debe demandarla por las vías legales.

Art. 2.469. La posesión, cualquiera sea su naturaleza, y la tenencia, no pueden ser turbadas arbitrariamente. Si ello ocurriere, el afectado tendrá acción judicial para ser mantenido en ellas, la que tramitará sumariamente en la forma que determinen las leyes procesales.

Art. 2.470. El hecho de la posesión da el derecho de protegerse en la posesión propia, y repulsar la fuerza con el empleo de una fuerza suficiente, en los casos en que los auxilios de la justicia llegarían demasiado tarde; y el que fuese desposeído podrá recobrarla de propia autoridad sin intervalo de tempo, con tal que no exceda los límites de la propia defensa.

Art. 2.471. Siendo dudoso el último estado de la posesión entre el que se disse poseedor y el que pretende despojarlo o turbarlo en la posesión, se juzga que la tiene el que posee una posesión más antigua. Si no constase cual fuera más antigua, júzgase que poseía el que tuviese derecho de poseer, o mejor derecho de poseer.

Art. 2.472. Fuera del caso del artículo anterior, la posesión nada tiene de común con el derecho de poseer, y será inútil la prueba en las acciones possessórias del derecho de poseer por parte del demandante o demandado.

Art.2.473. El poseedor de la cosa no puede entablar acciones possessórias, si su posesión no tuviere a lo menos, el tempo de un año sin los vicios de ser precaria, violenta o clandestina. La buena fe no es requerida para las acciones possessórias.

Art. 2.474. Para establecer la posesión anual, el poseedor puede unir su posesión a la de la persona de quien la tiene, sea a título universal, sea a título particular.

Art. 2.475. La posesión del sucesor universal se juzgará siempre unida a la del autor de la sucesión del sucesor por título singular, puede separarse de la de su antecesor. Sólo podrán unirse ambas posesiones si no fuesen viciosas.

Art. 2.476. Para que las dos posesiones puedan unirse, es necesario que ellas no hayan sido interrumpidas por una posesión viciosa, y que procedan la una de la otra.

Art. 2.477. La posesión no tiene necesidad de ser anual, cuando es turbada por el que no es poseedor anual, y que no tiene sobre la cosa ningún derecho de posesión.

Art. 2.478. Para que la posesión dé acciones possessórias, debe haber sido adquirida sin violencia; y aunque no haya sido violeta en su principio, no haber sido turbada durante el año en que se adquirió por violencias reiteradas.

Art. 2.479. Para que la posesión dé lugar a las acciones possessórias debe ser pública.

Art. 2.480. La posesión para dar derecho a las acciones posesorias no debe ser precaria, sino a título de propietario.

Art. 2.481. La posesión anual para dar derechos a las acciones possessórias, debe ser continua y no interrumpida.

Art. 2.482. El que tuviere derecho de poseer y fuere turbado o despojado en su posesión, puede intentar la acción real que le compete, o servirse de las acciones posesorias, pero no podrá acumular el petitorio y el posesorio. Si intentase acción real, perderá el derecho a intentar las acciones posesorias; pero si usase de las acciones posesorias podrá usar después de la acción real.

Art. 2.483. El juez del petitorio, puede sin embargo, y sin acumular el petitorio y posesorio, tomar en el curso de la instancia, medidas, provisórias relativas a la guarda y conversación de la cosa litigiosa.

Art. 2.484. Establecido el juicio posesorio, el petitorio no puede tener lugar, antes que la instancia posesoria haya terminado.

Art. 2.485. El demandante en el juicio petitorio no puede usar de las acciones posesorias por turbaciones en la posesión, anteriores a la introducción de la demanda; pero el demandado puede usar de acciones por turbaciones en la posesión anteriores a la demanda.

Art. 2.486. El demandado vercido en el posesorio, no puede comenxar el juicio petitorio, sino después de haber safsifecho plenamente las condenaciones pronunciadas contra él.

Art. 2.487. Las acciones possessórias tienen por objeto obtener la restitución o manutención de la cosa.

Art. 2.488. Las cosas muebles pueden ser objeto de acciones possessórias salvo contra el.

Art. 2.489. El copropietario del inmueble puede ejercer las acciones possessórias sin necesidad del concurso de los otros copropietarios, y aun puede ejercerlas contra cualquiera de estos últimos, que turbándolo en el goce común, manifestasse pretenciones a un derecho exclusivo sobre el inmueble.

Art. 2.490. Corresponde la acción de despejo a todo poseedor o tenedor, aun vicioso, sin obligación de producir título alguno contra el despojante, sucesores y cómplices, aunque fuere dueño del bien. Exceptúase de esta disposición a quien es tenedor en interés ajeno o en razón de una relación de dependencia, hospedaje u hospitalidade.

Art. 2.491. El desposeído tendrá acción para exigir el reintegro contra el autor de la desposesión y sus sucesores universales y contra los sucesores particulares de mala fe.

Art. 2.492. No compete la acción de despojo al poseedor de inmuebles que perdiera la posesión de ellos, por otros medios que no sean despojo; aunque le perdiera por violencia cometida en el contrato o en la tradición.

Art. 2.493. La acción de despoj dura sólo un año desde el día del despojo hecho al poseedor, o desde el día que pudo saber el despojo hecho al que poseía por él.

Art. 2.494. El demandante debe probar su posesión, el despojo y el tempo en que el demandado lo cometió. Juzgada la acción, el demandado debe ser condenado a restituir el inmueble con todos sus accesorios, con indemnización al poseedor de todas las perdidas e intereses y de los gastos causados en el juicio, hasta la total ejecución de las sentencias.

Art. 2.495. La acción de manutención en la posesión compete al poseedor de un inmueble, turbado en la posesión, con tal que ésta no sea viciosa respecto del demandado.

Art. 2.496. Sólo habrá turbación en la posesión, cuando contra la voluntad del poseedor del inmueble, alguien ejerciere, con intención de poseer, actos de posesión de los que no resultase una exclusión absoluta del poseedor.

Art. 2.497. Si el acto de la turbación no tuviese por objeto hacerse poseedor el que lo ejecuta, la acción del poseedor será juzgada como indemnización de daño y no como acción posesoria. Si el acto tuviese el efecto de excluir absolutamente al poseedor de la posesión, la acción será juzgada como despojo.

Art. 2.498. Si la turbación en la posesión consistiese en obra nueva, que se comenzara a hacer en terrenos e inmuebles del poseedor, o en destrucción de las obras existentes, la acción posesoria será juzgada como acción de despojo.

Art. 2.499. Habrá turbación de la posesión cuando por una obra nueva que se comenzara a hacer en inmuebles que no fuesen del poseedor, sean de la clase que fueren, la posesión de éste sufre un menoscabo que deciese en beneficio del que ejecuta la obra nueva.

Quien teme que de un edificio o de otra cosa derive un daño a sus bienes, puede denunciar ese hecho al juez a fin de que se adopten las oportunas medidas cautelares.

Art. 2.500. La acción posesoria en tal caso tiene el objeto de que la obra se suspenda durante el juicio, y que a su terminación se mande deshacer lo hecho.

Art. 2.501. Las acciones possessórias serán juzgadas sumariamente y en la forma que prescriban las leyes de los procedimientos judiciales.

No mismo sentido, encontramos no Código de Proceso Civil Argentino os siguientes interditos:

### CAPITULO I. INTERDICTOS

Artículo 606: CLASES.

ARTICULO 606. – Los interdictos sólo porán intentarse:

1. Para adquirir la posesión o la tenencia.
2. Para retener la posesión o la tenencia.

3. Para recobrar la posesión o la tenencia.
4. Para impedir una obra nueva.

## CAPÍTULO II. INTERDICTO DE ADQUIRIR

Artículo 607: PROCEDENCIA.

ARTÍCULO 607. – Para que proceda el interdicto de adquirir se requerirá: 1. Que quien lo intenta presente título suficiente para adquirir la posesión o la tenencia con arreglo a derecho. 2. Que nadie tenga título de dueño o usufructuario de la cosa que constituye el objeto de interdicto. 3. Que nadie sea poseedor o tenedor de la misma cosa.

Artículo 608: PROCEDIMIENTO.

ARTÍCULO 608. – Promovido el interdicto, el juez examinará el título y requerirá informe sobre las condiciones de dominio. Si lo hallare suficiente, otorgará la posesión o la tenencia, sin perjuicio de mejor dercho, y dispondrá la inscripción del título, si correspondiere. Si outra persona también tuviere título o poseyere el bien, la cuestión deberá sustanciarse en juicio ordinário o sumario, según lo determine el juez atendendo a la naturaliza y complejidad del assunto. Cuando alguien ejerciera la tenência de la cosa, la demanda contra él se sustanciará por el trámite del juicio sumarísimo. Si el título que presenta el actor para adquirir la posesión o la tenencia deriva del que invoca el oponente para resistirla, el juez dispondrá que la controversia tramite por juicio sumario o sumarísimo, atendendo a las circunstancias del caso.

Artículo 609: ANOTACION DE LITIS.

ARTÍCULO 609. – Presenta la demanda, podrá decretarse la anotación de litis en el registro de la propiedad, si los títulos acompañados y los antecedentes aportados justifican esa medida precautoria.

## CAPÍTULO III. INTERDICTO DE RETENER:

Artículo 610: PROCEDENCIA.

ARTÍCULO 610. – Para que proceda el interdicto de retener se requerirá: 1. Que quien lo intertarse se encuentre en la actual posesión tenencia de una cosa, mueble o inmueble. 2. Que alguien amenazare perturbarle o lo perturbasse en ellas mediante actos materiales.

Artículo 611: PROCEDIMIENTO.

ARTÍCULO 611. – La demanda se dirigirá contra quien el actor denunciare que lo perturba en la posesión o tenencia, sus sucesores o copartícipes, y tramitará por las reglas del processo sumarísimo.

Artículo 612: OBJETO DE LA PRUEBA.

ARTÍCULO 612. – La prueba sólo podrá versar sobre el hecho de la posesión o tenencia invocada por el actor, la verdad o falsedad de los actos de perturbación atribuidos al demandado, y la fecha en que éstos se produjeron.

Artículo 613: MEDIDAS PRECAUTORIAS.

ARTÍCULO 613. – Si la perturbación fuere inminente, el juez podrá disponer la medida de no innovar, bajo apercibimiento de aplicar las sanciones a que se refiere el artículo 37.

CAPÍTULO IV: INTERDICTO DE RECOBRAR

Artículo 614: PROCEDENCIA.

ARTÍCULO 614. – Para que proceda el interdicto de recobrar se requerirá: 1. Que quien lo intente, o su causante, hubiere tenido la posesión actual o la tenencia de una cosa mueble o inmueble. 2. Que hubiere sido despojado total o parcialmente de la cosa, con violencia o clandestinidad.

Artículo 615: PROCEDIMIENTO.

ARTÍCULO 615. – La demanda se dirigirá contra el autor denunciado, sus sucesores, copartícipes o beneficiarios del despojo y la tramitará por juicio sumarísimo. Sólo se admitirán pruebas que tuvieren por objeto demostrar el hecho de la posesión o tenencia invocadas, así como el despojo y la fecha en que éste se produjo.

Artículo 616: RESTITUCION DEL BIEN.

ARTÍCULO 616. – Cuando el derecho invocado fuere verosímil y pudieren derivar perjuicios si no se decretar la restitución del bien, el juez podrá ordenarla previa fianza que prestará el reclamante para responder por los daños que pudiere irrogar la medida.

Artículo 617: MODIFICACION Y AMPLIACION DE LA DEMANDA.

ARTÍCULO 617. – Si durante el curso del interdicto de retener se produjere el despojo demandante, la acción proseguirá como interdicto de recobrar, sin retrotraer el procedimiento, en cuanto fuese posible. Cuando llegare a conocimiento del demandante la existencia de otros sucesores, copartícipes o beneficiarios, podrá ampliar la acción contra ellos en cualquier estado del juicio.

Artículo 618: SENTENCIA.

ARTÍCULO 618. – El juez dictará sentencia, desestimando el interdicto o mandando restituir la posesión o la tenencia del bien al despojado.

CAPÍTULO V. INTERDICTO DE OBRA NUEVA

Artículo 619: PROCEDENCIA.

ARTÍCULO 619. – Cuando se hubiere comenzado una obra que afectare a um inmueble, su poseedor o tenedor podrá promover el interdicto de obra nueva. Será inadmisibile si aquélla estuviere concluída o próxima a su terminación. La acción se dirigirá contra el dueño de la obra y, si fuere desconocido, contra el diretor o encargado de ella. Tramitará por el juicio sumarísimo. El juez podrá ordenar proventivamente la suspensión de la obra.

Artículo 620: SENTENCIA.

ARTÍCULO 620. – La sentencia que admitiere la demanda dispondrá la suspensión definitiva de la obra o, en su caso, destrucción y la restitución de las cosas al estado anterior, a costa del vencido.

#### CAPÍTULO VI. DISPOSICIONES COMUNES A LOS INTERDICTOS

Artículo 621: CADUCIDAD.

ARTÍCULO 621. – Los interdictos de retener, de recobrar y de obra nueva no podrán promoverse después de transcurido UM (1) año de producidos los hechos en que se fundaren.

Artículo 622: JUICIO POSTERIOR.

ARTICULO 622. - las sentencias que se distaren em los interdictos de adquirir, retener y recobrar no impedirán el ejercicio de las acciones reales que pudieren corresponder as las partes.

#### CAPITULO VII ACCIONES POSESOERIAS

Artículo 623: TRAMITE.

ARTICULO 623. - Las acciones posesorias del título III, libro III, del Código Civil tramitarán por juicio sumario. Deducida la acción posesoria o el interdicto, posteriormente sólo podrá promoverse acción real.

Percebe-se então que tanto a legislação brasileira quanto a legislação argentina cuidaram de tratar da posse e dos instrumentos para a sua proteção de forma especial. Certamente, entre outras razões, porque a posse é uma forma de apropriação de bens necessários aos homens, vista sob o prisma constitucional, deixa de ser mero apêndice do direito de propriedade e passa a ser, por sua autonomia, forma de tutelar os direitos fundamentais sociais à moradia e ao trabalho, qualificando-se como posse-cidadã e que tem em seus efeitos destinações social e econômica.

## THEMIS

Sendo assim, a legislação processual, em sintonia com a legislação processual traz em seu bojo os instrumentos legais para garantia da proteção à posse, onde a legislação brasileira apresenta instrumentos típicos e atípicos para manuseio e perseguição deste direito.

## CONCLUSÃO

Diante do presente trabalho, é possível concluir que a posse, por ser instituto muito antigo e por apresentar características próprias, não possui fácil encaixe em uma categoria jurídica, sendo compreensível que o debate sobre a sua natureza jurídica já perdure por séculos sem que esteja perto de ser pacificada.

Mas abstrai-se que o mais coerente é considerar a posse como um direito especial, logo que tem características de todas as outras categorias apresentadas, quais sejam o mero estado de fato, direito real e direito obrigacional, porém não se amolda perfeitamente a nenhum delas. A posse não pode ser somente de fato, pois é juridicamente protegida e existem ações que asseguram a posse, características marcantes de um direito. Não é puramente um direito real, logo que não se apresenta no rol taxativo do artigo 1225 do Código Civil. Não se pode considerar a posse como direito obrigacional por critério de exclusão, após considerar ser um direito, que, por não ser direito real, conclui-se ser obrigacional, sem muitos fundamentos concretos.

O entendimento da posse como direito especial surge então como uma solução para um instituto tão complexo, considerando-o sem dúvida um direito, mas que não encontra categoria pronta.

Quanto às normas a serem aplicadas à relação de posse, além das propriamente inerentes ao instituto deverá observar-se de que forma foi constituída e aplicar analogicamente as normas relativas a outras categorias jurídicas. Quando a posse deriva de relação jurídica que envolve algum dos direitos contidos no artigo 1225 do Código Civil Brasileiro, devem ser aplicadas também normas relativas aos direitos reais. Quando a posse fundada em relação obrigacional, como uma locação ou comodato, por exemplo, terá como normas norteadoras as de direito obrigacional, eis que seu nascedouro é uma relação intersubjetiva.

No que tange às ações possessórias, o Código de Processo Civil brasileiro disciplina como ações possessórias típicas, a ação de reintegração de posse, a de manutenção da posse e o interdito proibitório. Os embargos de terceiros, e a nunciação de obra nova são consideradas ações atípicas à proteção da posse.

Como instrumento atípico para proteção da posse, os embargos de terceiro acham-se à disposição tanto do proprietário como do possuído e são, depois das ações típicas, os mais utilizados meios de defesa da posse, pois por eles se protege a turbação ou esbulho de bens por atos constitutivos judiciais.

Em relação à fungibilidade das ações possessórias é possível concluir que é faculdade do juiz, ao receber uma ação de reintegração de posse, convertê-la em uma ação de manutenção de posse, como também proceder no sentido contrário.

Essa faculdade é limitada, pois conforme dispõem o art. 920 do CPC, somente caberá aplicação do princípio da fungibilidade nas ações possessórias, uma vez que, neste caso, as ações são destinadas para proteção da posse e não para requerer uma posse, que seria o caso das petitórias.

Finalmente percebemos que o ordenamento jurídico argentino que trata da posse, assim como o ordenamento jurídico brasileiro, trata-se de um direito especial e traz, da mesma forma, instrumentos para a sua proteção.

## REFERÊNCIAS

CLERC Carlos M. **Derechos realese intelectuales**. Buenos Aires: Hammusabi, 2007, v. 1.

Direito, Data de Julgamento: 23/04/2001, Data de Publicação: Diário da Justiça 18 jun. 2001.

COSTA, Josiane Guarnier. Aspectos teóricos e práticos da ação de imissão de posse no ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/6570/aspectos-teoricos-e-praticos-da-acao-de-imissao-de-posse-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Direito das Coisas. 4º Vol. 18ª ed. Saraiva: São Paulo: Saraiva, 2002

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo Atlas, 2008.

## THEMIS

FARIAS, Cristiano Chaves de; RSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FILHO, Vicente Greco. **Direito Processual Civil Brasileiro**. Processo de Execução a Procedimentos Especiais. 16ª ed. São Paulo, Saraiva, 2003.

FIÚZA, César. **Direito Civil**: Curso Completo. 11ª ed. Del Rey: Belo Horizonte, 2008.

IHERING, Rudolf Von. **Teoria Simplificada da Posse**. Tradução da versão espanhol do original alemão por Ivo de Paula. São Paulo: Pillares, 2005.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**. Vol. V. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**: Direito das coisas. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil**: Direito das Coisas. Vol. VI. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

MENEZES, Rafael. **Direitos Reais**, Disponível em <<http://www.rafaeldemenezes.adv.br/direitosreais/aula2.htm>>

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. v.3: direito das coisas. 37ª ed. ver. e atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, Álvaro Borges de; MACIEL, Marcos Leandro. **Natureza Jurídica da posse: um estudo conforme suas quatro dimensões**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,M160950,71043A+natureza+jurídica+da+posse+um+estudo+conforme+suas+quatro+dimensões>>.

MACHADO, Fábio Cardoso.; PINTAÚDE, Gabriel.; AMARAL., Guilherme Rizzo.; ZANETI JUNIOR, Hermes.; MARINONI, Luiz Guilherme.: SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Polêmica sobre a ação**: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

PARANÁ, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Décima sétima Câmara Cível, Apelação Civil n. 0700470-6, Relator: Desembargador Paulo Roberto Hapner, decisão unânime, Paranaguá, data do julgamento: 16 mar. 2011.

PAZ, Tosca Martinez; SOUZA, Clarice Aguiar; ROCHA, Beatriz Helena de Oliveira. **Posse**: conceito, classificações e efeitos. Disponível em: <<http://www.ufmg.br/biblioteca>>

PEREIRA, Caio Mário. **Instituições de Direito Civil**: Direitos Reais. 18ª ed. Rio de Janeiro: forense, 2003.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado das ações. Tomo I, disponível em: <[http://www.4shared.com/document/mfUXbJUR/Tratado\\_das\\_Aes\\_Tomo\\_I\\_Ao\\_Clas.html](http://www.4shared.com/document/mfUXbJUR/Tratado_das_Aes_Tomo_I_Ao_Clas.html)>.

SILVA. Ovídio A. Baptista da. **Ação de imissão de posse**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SILVA. Ovídio A. Baptista da.: GOMES, Fábio Luiz. **Teoria Geral do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SILVA. José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 10 ed. São Paulo: Malheiros

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**, Vol. I. 50 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. Vol. V. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

WAMBIER, L. R.; ALMEIDA, F. R; TALAMINI, E. **Curso avançado de processo civil**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

## NOTAS DE FIM

- <sup>1</sup> CARLOS ROBERTO GONÇALVES Mestre em Direito pela PUCSP, Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo e Professor do Complexo Jurídico Damásio de Jesus.
- <sup>2</sup> A Teoria Subjetiva é representada pela teoria de Niebuhr, que foi adotada pelo jurista Savigny. Segundo a Teoria de Niebuhr, a posse teve origem com a repartição de terras conquistadas pelos romanos. Terras que eram loteadas, sendo uma parte dos lotes cedida a título precário aos cidadãos e a outra parte destinada à construção de novas cidades. Como tais cidadãos, beneficiários, não eram proprietários de tais terras, não tinham legitimidade de propor ação reivindicatória para defende-las das invasões. Com isto, acabou-se criando um processo especial para proteger juridicamente aquele estado de fato, interdito possessório.
- <sup>3</sup> Magistrados da época.
- <sup>4</sup> Conjunto de bens imóveis do Estado romano.
- <sup>5</sup> Savigny atribuiu as dificuldades surgidas a respeito da posse à deficiente compreensão do direito romano nesse ponto. Como ensina Serpa Lopes, a teoria subjetiva surgiu num contexto em que a teoria medieval era preponderante, afirmando que a ideia de posse refletia a de um contato pessoal, desprezando o aspecto interno da posse que se reflete na relação direta e imediata com a coisa.
- <sup>6</sup> A Origem da Teoria Subjetiva( ou Escola Objetivista) foi embasada no Direito Germânico, ou seja, Ihering buscou conceitos expostos a partir desse ramo jurídico, onde o *corpus* é o único elemento da posse, ou seja, é a relação exterior entre proprietário e coisa
- <sup>7</sup> MARIA HELENA DINIZ é uma jurista e professora brasileira. Atualmente ocupa a cadeira de professora titular de Direito Civil da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, onde obteve o seu mestrado e doutorado. É autora de mais de 40 livros e artigos na área de Direito, principalmente na área civil.
- <sup>8</sup> RUDOLF VON IERING foi um jurista alemão. Ocupa ao lado de Friedrich Karl Von Savigny lugar ímpar na história do direito alemão, tendo sua obra grandemente influenciado a cultura jurídica em todo o mundo ocidental. Nasceu em Aurich, Frísia, em 22 de agosto de 1818, e morreu em Gottingen em 17 setembro de 1892. Estudou direito em Heidelberg, Munique, Gottingen e Berlim, em cuja universidade se graduou, em 1843. Exerceu o magistério jurídico nas universidades de Basiléia (1845), Rostock (1845), Kiel (1852) e Viena ( 1868), onde ensinou direito romano e foi agraciado com um título de nobreza, para, finalmente, se transferir para Gottingen (1872) e Bernhard Windscheid (1817 – 1892), consagrado como uma das maiores expressões da ciência jurídica do século XIX.  
(...) 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. (PEREIRA, 2003, p.27).
- <sup>9</sup> CEZAR FIUZA é professor de Direito Civil da UFMG na PUC de Minas Gerais e na FUMEC. Doutor em Direito pela UFMG. Autor, entre outros, de Direito Civil; Curso Completo, já na 13a edição.
- <sup>10</sup> Nelson Rosenvald nasceu em 1966, é Procurador de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais e Professor de Direito Civil, autor de livros jurídicos, professor de Direito Civil do Curso Satelitário Damásio de Jesus. O professor Nelson Rosenvald é ainda congressista e seminarista.

- <sup>11</sup> Cristiano Chaves de Farias promotor de Justiça da Bahia, professor da Escola Superior do MP/BA (FESMIP), da UFBA, Escola de Magistrados da Bahia (EMAB) e do Curso Podvm.
- <sup>12</sup> ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. Da função social da posse e sua consequência frente a situação proprietária. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p.12
- <sup>13</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. APELAÇÃO CÍVEL. CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DEMOLITÓRIA. CASA, EM FAVELA, CONSTRUÍDA JUNTO À VIA FÉRREA. IRREGULARIDADE. INEXISTÊNCIA DE PROJETO E ALVARÁ DE EDIFICAÇÃO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. Disponível em: [www.tj.rs.gov.br](http://www.tj.rs.gov.br). Acesso em: 11 de novembro de 2005.
- <sup>14</sup> ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. Da função social da posse e sua consequência frente a situação proprietária. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p.53-54.
- <sup>15</sup> ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. Da função social da posse e sua consequência frente a situação proprietária. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p.208.
- <sup>16</sup> Art. 1.239. Aquele que. Não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.
- <sup>17</sup> Art. 1.240. Aquele que possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.
- <sup>18</sup> Art. 1.241. Poderá o possuidor requerer ao juiz seja declarada adquirida, mediante usucapião, a propriedade móvel.
- <sup>19</sup> ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. Da função social da posse e sua consequência frente a situação proprietária. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p.208 -8 - 8.
- <sup>20</sup> Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestre, Doutor e Livre Docente pela Universidade de São Paulo, atuando como professor associado de Direito Processual Civil na respectiva Faculdade de Direito, lecionando nos cursos de graduação e pós-graduação. Foi membro do Ministério Público do Estado de São Paulo e Juiz do Segundo Tribunal de Alçada Civil; aposentou-se como Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, onde atuou na Seção de Direito Privado.
- <sup>21</sup> Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo Procurador de Justiça aposentado e sócio do escritório Greco Filho advogados Associados.
- <sup>22</sup> Art. 932. O possuidor direito ou indireto, que tenha justo receio de ser molestado na posse, poderá impetrar ao juiz que o segure da turbação ou esbulho iminente, mediante mandado proibitório, em que se comine ao réu determinada pena pecuniária, caso transgrida o preceito. Art. 933. Aplica-se ao interdito proibitório o disposto na seção anterior.
- <sup>23</sup> Supremo Tribunal Federal ( STF ) é a mais alta instância do poder judiciário brasileiro e acumula competências típicas de uma Suprema Corte ( tribunal de última instância ) e de um Tribunal Constitucional( que julga questões de constitucionalidade independentemente de litígios concretos). Sua função institucional fundamental é de servir como guardião da Constituição Federal de 1988, apreciando casos que envolvam lesão ou ameaça a esta última.
- <sup>24</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, diplomado em 1954, Livre-Docente e Doutor em Direito no ano de 1977, Professor Titular de Direito Processual

## THEMIS

Civil na mesma Instituição. Exerceu atividades docentes como Professor da Cadeira de Estudos de problemas Brasileiros na faculdade de filosofia e letras de São Borja, Faculdade de Direito de Santo Ângelo, Faculdade de Direito da Cruz Alta, Universidade Federal do Rio Grande do Sul(UFRGS), Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), Fundador e Professor dos Cursos de Especialização e Mestrado da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul ( PUC-RS), Membro da Academia Brasileira de Direito Processual Civil(ABDPC).

<sup>25</sup> Doutor de Direito Internacional, PhD pela American World University, Yowa-USA. Mestre em direito Civil pela Pontifícia Universidade de São Paulo. Juiz de Direito no Estado de São Paulo. Promotor de Justiça no Estado de São Paulo. Procurador do Estado de São Paulo. Juiz Instrutor e Formados da Escola Paulista da Magistratura. Professor de pós-graduação em Direito Civil e em Direito Processual Civil, Professor titular de direito Processual Civil, Professor Adjunto de Direito Penal e Professor Adjunto de Linguagem Jurídica, em várias universidades.