

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO

TATIANA CARPES NAPOLI

A POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE PEDIDO POSSESSÓRIO E
DESFAZIMENTO DE CONSTRUÇÕES E PLANTAÇÕES NAS AÇÕES
POSSESSÓRIAS À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

FLORIANÓPOLIS

2019

TATIANA CARPES NAPOLI

A POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE PEDIDO POSSESSÓRIO E
DESFAZIMENTO DE CONSTRUÇÕES E PLANTAÇÕES NAS AÇÕES
POSSESSÓRIAS À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado junto
ao curso de graduação em Direito da Universidade
Federal de Santa Catarina – UFSC, na área de Direito
das Coisas e Direito Processual Civil.

Orientador: Prof. Dr. Mikhail Vieira de Lorenzi
Cancelier

FLORIANÓPOLIS

2019

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “A possibilidade de cumulação do pedido possessório e desfazimento de construções e plantações nas ações possessórias à luz do Novo Código de Processo Civil”, elaborado pelo(a) acadêmico(a) Tatiana Carpes Napoli, defendido em 26/11/2019 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 26 de novembro de 2019



Mikhail Vieira de Lorenzi Cancelier
Professor Orientador



José Isaac Pilati
Membro de Banca



Bruno Regis Bandeira Ferreira Macedo
Membro de Banca

**Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO**

**TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA**

Aluno(a): Tatiana Carpes Napoli

RG: 6434865

CPF: 090.488.999-82

Matrícula: 15200079

Título do TCC: A possibilidade de cumulação do pedido possessório e desfazimento de construções e plantações nas ações possessórias à luz do Novo Código de Processo Civil

Orientador(a): Mikhail Vieira de Lorenzi Cancelier

Eu, Tatiana Carpes Napoli, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 26 de novembro de 2019.

Tatiana Carpes Napoli

TATIANA CARPES NAPOLI

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, aos meus pais – Miguel, futuro colega bacharel, e Jacqueline, mãe cuidadosa e dedicada, sempre pronta para oferecer dose renovada de motivação – que me ajudaram a construir todos os meus valores, e que estiveram aqui ao lado para me auxiliar em todas as dificuldades, comemorando comigo todas as vitórias.

Da mesma forma, estendo o cumprimento a todo o restante da família, especialmente à minha irmã, Isabel, que será uma arquiteta admirável e à minha cadela Dich, que me fez uma ótima companhia enquanto redigia o trabalho.

Ao Yan, namorado atencioso e revisor dedicado, que esteve sempre do meu lado me apoiando nos momentos difíceis, especialmente durante minhas tentativas frustradas – e desesperadoras - de formatar este trabalho conforme as regras da ABNT.

A todos os colegas de gabinetes, assessorias e escritório, em especial à Dra. Daniela Vieira Soares e sua equipe - Laís, Camila, Aryane e Tatiana - que me permitiram despertar o interesse pela magistratura e pelo direito processual civil, e aos colegas de escritório, em especial os advogados Luíza e Bruno, que além de boas risadas me ensinaram a prática dos conhecimentos que adquiri na faculdade.

Aos professores Mikhail, orientador atento e professor admirável, cujas correções foram de grande incentivo, e Pilati, cujas aulas (e cuja biblioteca) me foram essenciais para me despertar o gosto pelo Direito das Coisas.

Aos meus amigos que me acompanharam durante essa jornada. Com vocês, as pausas entre um parágrafo e outro de produção melhora tudo o que tenho produzido na vida.

A todas as pessoas que direta ou indiretamente contribuíram para a realização da minha pesquisa.

RESUMO

Dentre as várias mudanças trazidas pelo Novo Código de Processo Civil, está a supressão do inciso III do artigo 921 do Código de Processo Civil de 1973, que admitia ao autor a cumulação de pedido possessório com o desfazimento de construções e plantações realizadas em detrimento de sua posse. Essa mudança legislativa, e o consequente silêncio para um fato corriqueiro ao direito possessório fizeram a doutrina e jurisprudência se questionarem sobre a alternativa processual ao possuidor que teve edificações e plantações realizadas pelo esbulhador em detrimento de sua posse. Este trabalho está inserido nessa discussão. Pretende-se analisar se a sistemática do Novo Código de Processo Civil permite a cumulação do pedido possessório com o desfazimento das acessões ou, caso não seja possível cumulá-los, investigar se há alguma alternativa processual ao possuidor que requer este desfazimento. Para tanto, o trabalho parte da exposição das inovações estruturais trazidas pelo Novo Código de Processo Civil para defender a possibilidade de cumulação de pedidos possessório com desfazimento de construções e plantações nas ações possessórias, à luz do Novo Código de Processo Civil, ainda que sob a égide do procedimento especial.

Palavras-chave: Ações Possessórias. Cumulação de pedidos. Art. 921, III do Código de Processo Civil de 1973. Desfazimento de plantações e construções. Art. 555 do Código de Processo Civil de 2015.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
2. A POSSE	9
2.1 O DESENVOLVIMENTO DA POSSE: DO DIREITO ROMANO À CONTEMPORANEIDADE	9
2.1.1 A posse no direito romano	10
2.1.2 Gewere: a posse no direito germânico	12
2.1.3 A posse no direito canônico	16
2.1.4 A posse nos códigos modernos	17
2.2 NOÇÕES GERAIS SOBRE A POSSE	18
2.2.1 Teoria Possessória	18
2.2.2 Fundamento da Posse: Jus possessionis e Jus Possidendi	20
2.2.3 Posse vs. Detenção	21
2.3 CLASSIFICAÇÃO, AQUISIÇÃO E PERDA DA POSSE	23
2.3.1 Classificação	23
2.3.1.1 <i>Quanto ao seu exercício: direta e indireta</i>	23
2.3.1.2 <i>Quanto aos seus vícios: justa e injusta</i>	25
2.3.1.3 <i>Quanto ao elemento subjetivo: boa-fé e má-fé</i>	26
2.3.1.4 <i>Quanto ao tempo: posse nova e posse velha</i>	27
2.3.2 Aquisição	28
2.3.3 Perda	29
2.3.4 Efeitos da Posse	31
3. PROCESSO	33
3.1 ALTERAÇÕES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	33
3.2 INSTITUTOS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO CIVIL: AÇÃO, PROCESSO E PROCEDIMENTO	35
3.2.1 Ação	36
3.2.2 Processo	41
3.2.3 Procedimento	43
3.3 PROCEDIMENTO COMUM E ESPECIAL	44
3.3.1 Procedimento Comum	44

3.3.2 Procedimento Especial	46
4. A CUMULAÇÃO DE PEDIDOS NAS AÇÕES POSSESSÓRIAS	50
4.1 AÇÕES POSSESSÓRIAS	50
4.1.1 Espécies	51
4.1.2 Requisitos	54
4.1.3 Petição Inicial	55
4.1.4 Procedimento Possessório	56
4.1.5 Natureza dúplice	58
4.1.6 Exceção de domínio	59
4.2 A CUMULAÇÃO DE PEDIDOS NAS AÇÕES POSSESSÓRIAS À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	60
4.3 PARA ALÉM DA CONCLUSÃO	65
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	70
REFERÊNCIAS	73

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho buscará fazer uma análise da possibilidade de cumulação de pedido possessório e desfazimento de plantações e construções realizadas em detrimento da posse, que outrora estavam previstos no Código de Processo Civil de 1973, mas que tiveram sua redação suprimida com o advento do Novo Código de Processo Civil. Buscará demonstrar que essa alteração se trata, na verdade, de uma ampliação de matérias cumulativas com a possessória, e não uma supressão, porquanto permitiu a adoção de outros pedidos no corpo da ação possessória – dentre eles o desfazimento – de uma forma menos limitada.

Nesse sentido, será inevitável fazer a releitura dessa alteração processual, através do novo contexto estrutural proporcionado pelo Código de Processo Civil de 2015, que se diferencia em muito da estrutura processual estabelecida pelo seu antecessor. Desse modo, o presente trabalho buscará defender que é possível, sim, ao autor a cumulação de pedidos possessório com o desfazimento de plantações e construções realizadas em detrimento da posse, sob a égide do procedimento especial, à luz do Novo Código de Processo Civil.

Para chegar nessa conclusão, isto é, falar sobre as ações possessórias, em especial a cumulação de pedidos, será antes necessário destrinchar a posse em si e, portanto, explicitar a perda da posse e situar seu papel no sistema. Este é o objetivo do primeiro capítulo, que se iniciará com uma análise de seus componentes históricos, étnicos, religiosos e culturais a fim de compreender e contextualizar propriamente o instituto possessório. Em seguida, o texto passará a estudar as noções gerais da posse através da teoria possessória quanto a sua conceituação, a diferença entre os fundamentos da posse *jus possessionis* e *jus possidendi* e a linha tênue entre posse e detenção dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

A partir daí, serão analisadas também a classificação da posse, que serão de suma importância na utilização dos interditos, bem como os modos de aquisição da posse, a qual auxiliará no entendimento da lógica processual contida nos interditos possessórios. . Especial destaque será dado, neste ponto, eis que a fixação da data de aquisição da posse possibilitará a apuração do lapso temporal de ano e dia capaz de

distinguir a posse nova da posse velha; Após, buscar-se-á analisar as formas de perda da posse e os seus efeitos.

O segundo capítulo será uma pequena, mas inevitável, “quebra” no raciocínio traçado até então. Abandonar-se-á temporariamente o direito material e, portanto, a posse, em favor de um estudo estritamente processual, não abordado no primeiro capítulo, que é a análise das alterações proporcionadas pelo Novo Código de Processo Civil. Na oportunidade, serão destrinchados os institutos fundamentais do processo civil, quais sejam, a ação, o processo e o procedimento, cotidianamente confundidos na praxe forense e, não raras vezes, desviados de suas corretas acepções.

Delineados os três institutos, o último tópico deste capítulo limitar-se-á à análise dos procedimentos comum e especial e seus papéis dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Dentro do estudo procedimental, merecerá particular atenção os procedimentos especiais previstos no Código de Processo Civil, analisados sob uma ótica mais geral, momento em que desaguarão sob o terceiro capítulo, agora sob uma ótica mais específica, que é a do procedimento especial das ações possessórias.

O terceiro e último capítulo resgata todas as exposições feitas nos dois anteriores para, ao final, responder a pergunta central: é possível a cumulação do pedido possessório com o pedido de desfazimento de construções e plantações feitas em detrimento de sua posse? Para tanto, utilizará o método de pesquisa dedutivo, orientado pela pesquisa bibliográfico e o estudo de caso.

Espera-se que, dentro dos limites intrínsecos a uma monografia de graduação, o presente trabalho de conclusão de curso possa no mínimo levantar curiosidade e suscitar discussões sobre o tema exposto.

2. A POSSE

Antes de adentrar nas ações possessórias, protagonistas do presente trabalho, é imprescindível a análise do instituto da posse, seus efeitos e componentes históricos, a fim de compreender e contextualizar propriamente os institutos possessórios, objeto deste estudo.

Inúmeras são as dificuldades no estudo da posse, sendo um tema amplamente discutido e controvertido, desde sua origem histórica, do fundamento racional da sua proteção, à sua terminologia, estrutura teórica, aos elementos que a integram, ao objeto, efeitos, aos modos de adquiri-la e perdê-la.

Assim, o objetivo deste primeiro capítulo é fazer uma breve análise histórica dos componentes étnicos, religiosos e culturais da posse, suas principais teorias e discussões, bem como uma exposição do instituto da posse, expondo seu modos de aquisição e perda e seus efeitos.

2.1 O desenvolvimento da posse: do direito romano à contemporaneidade

Dentre todas as matérias de direito das coisas, a posse é, sem sombra de dúvidas, aquela com maiores controvérsias. A origem da posse é um dos principais assuntos divergentes no campo jurídico, eis que alguns doutrinadores apontam o direito romano como o primeiro a tratar das diferenças entre posse e propriedade, enquanto outras correntes defendem que a origem da posse não pode ser definida ou delimitada, uma vez que ela existe desde os primórdios da humanidade, de modo que é impossível delimitar o momento exato em que passou a ser protegida.

Numa breve análise da posse no direito romano, é possível perceber que, não apenas a origem da posse, mas também o seu conceito é rodeado de controvérsias e divergências, em razão sua variação ao longo do tempo, diante das contradições de textos compilados no *Corpus Iuris Civilis*, bem como das opiniões divergentes entre juristas da mesma época, que prezavam as necessidades sociais em face do encadeamento lógico de um sistema, o que surgiu apenas nas codificações modernas. (MOREIRA ALVES, 1985, p. 1).

Além das divergências apontadas dentro do próprio direito romano, certo é que a disciplina da posse no mundo moderno não sofreu apenas influências do direito romano, mas, também, em maior ou menor grau, da combinação de elementos históricos heterogêneos, mesclados por motivos étnicos (invasão bárbara no Império Romano Ocidental), religiosa (influência do direito canônico sobre o direito laico) e, também, cultural (recepção do direito romano na Europa entre os séculos XIII e XV).

Assim, para um estudo completo da posse e suas inovações ao longo do tempo, é necessário examinar a heterogeneidade destes elementos históricos, dentre elas, a concepção possessória romana, germânica e canônica, além das teorias elaboradas a partir da Idade Média, que foram imprescindíveis para amparar o instituto possessório compreendido pelas codificações modernas.

2.1.1 A posse no direito romano

Após a descoberta de alterações pós-clássicas e justinianeias introduzidas nos textos clássicos e no *Corpus Iuris Civilis*, denominadas de glosemas e interpolações¹, esclareceu-se os motivos pelos quais havia tanta dificuldade na conceituação da posse romana. Tais alterações introduzidas nos fragmentos clássicos ensejaram divergências e contradições substanciais nos textos romanos de autores da mesma época, dificultando a reconstituição do pensamento romano acerca da posse. Do estudo dessas alterações nos textos clássicos, concluiu-se que o direito romano não teve, em todo o seu curso, uma concepção unitária da posse, apresentando diferenças profundas nas diversas épocas de sua evolução (MOREIRA ALVES, 1985, p. 7).

Por tais razões, é imprescindível examinar a evolução do conceito de posse e de seus interditos gradualmente durante os períodos de Roma, quais sejam, a pré-clássica, que compreende a época antiga e republicana, a imperial clássica, e, por fim, a romano-helênica e justinianeia. Diante da escassez das fontes no período pré-clássico e, portanto, de difícil reconstituição, foi necessário utilizar indícios extraídos de textos posteriores às origens do direito romano para a reconstituição da posse em seus primórdios.

¹ Glosema é a alteração introduzida em texto clássico no período pós-clássico, enquanto a interpolação é uma alteração feita, no tempo de Justiniano, pela comissão encarregada de elaborar o *Corpus Iuris Civilis*.

Os períodos imperial clássico e romano-helênico, por seu turno, detém material mais sólido e delineado para uma reconstituição verossímil.

Dentre o significativo legado do direito romano acerca da posse, a proteção possessória foi um importante instrumento até. Duas são as principais teorias sobre a origem da proteção possessória romana, sendo que ambas concordam que o pretor quem as criou, sendo ela exercida através do interditos. No entanto, tais teorias divergem quanto ao motivo que deu margem que surgisse.

A primeira teoria, criada por Niehbur, que continua dominante, sustenta que a proteção possessória surgiu para tutelar os que ocupavam o *ager publicUs* pois, não sendo suscetíveis de propriedade privada, seus ocupantes não poderiam defender-se com as ações relativas ao direito de propriedade contra a turbação ou esbulho do uso da parcela do *ager publicus* que lhes fora concedida e, mais tarde, foram estendidas à posse em geral (RIZZARDO, 2011, p. 36).

A segunda teoria, defendida por Ihering, sustenta que a origem da proteção possessória estava na faculdade que o pretor tinha de, nas ações reivindicatórias, até a sentença final, atribuir a uma das partes litigantes a posse provisória da coisa litigiosa, posse essa que, se necessário, poderia ser tutelada com interditos. Estes interditos, meios judiciais de proteção possessória, alteravam-se conforme a natureza da relação entre a pessoa e a coisa e consoante o período de evolução do direito romano, podendo ser uma *possessio civilis*, uma *possessio ad interdicta* ou uma detenção. (MOREIRA ALVES, 1985, p. 62).

Durante a era pré-clássica, já existiam os interditos possessórios, no entanto, em razão da escassez das fontes da época, não se sabe quais interditos surgiram primeiro. No período clássico, a *possessio civilis* e a *possessio ad interdicta* eram protegidas pelos interditos possessórios, enquanto a detenção era apenas tutelada indiretamente pela *actio iniuriarum*, haja vista que a turbação do uso da coisa consistia numa iniúria praticada contra sua pessoa. Nesse período, dois interditos tutelavam a posse: o *interdicta reinendae possessionis*, para conservação da posse, e o *interdicta recuperandae possessionis causa*, para recuperação da posse. (MOREIRA ALVES, 1985, p. 64).

Importante destacar que ambos interditos não admitiam a alegação de propriedade por parte do réu. O interdito *reinendae possessionis*, ainda, dividia-se em dois: o interdito *uti possidetis* e o interdito *utrubi*, que eram proibitórios, e protegiam o possuidor

contra turbação já efetivada ou simplesmente temida. O interdito *uti possidetis*, mais antigo, se destinava à proteção da posse atual sobre coisas imóveis, tutelando apenas o possuidor cuja posse não fosse violenta, clandestina ou precária, isto é, embora fosse utilizado como instrumento de manutenção da posse, podia, excepcionalmente, acarretar a sua recuperação. Isso ocorria quando o possuidor detentor de posse violenta, clandestina ou precária, e molestado pelo antigo possuidor que tentava recuperar a posse perdida requeresse o interdito *uti possidetis* contra o esbulhador, caso em que, se interpusesse a *exceptio uitiosae possessionis* e conseguisse demonstrar a existência do vício, recuperaria a coisa (RIZZARDO, 2011, p. 35).

Por sua vez, o *interdito utrubi* era utilizado, originalmente, para manutenção da posse de escravo, foi estendendo à posse de qualquer coisa móvel - obviamente, não aplicada à posse violenta, clandestina ou precária - mas, ao contrário do interdito *uti possidetis*, destinava-se à manutenção da posse de coisas móveis, bem como protegia apenas o possuidor que, no ano em curso, houvesse estado mais tempo na posse da coisa. (MOREIRA ALVES, 1985, p. 66).

No tocante ao interdito *interdicta recuperandae possessionis*, este poderia se dividir em três: o interdito *unde ui*, interdito de *precario* e interdito de *clandestina possessione*. O primeiro, interdito *unde ui*, se destinava à reintegração da posse daquele que dela fosse despojado violentamente e só se aplicava aos bens imóveis. O interdito de *precario* foi criado pelo pretor para que o que entregada em *precarium* uma coisa a terceiro pudesse obter deste a sua restituição, caso ele se recusasse a fazê-lo espontaneamente. Por fim, o interdito de *clandestina possessione*, apesar da discussão sobre sua existência na doutrina, era utilizado para que o desapossado obtivesse a recuperação da posse do imóvel ocupado clandestinamente por terceiro. (MOREIRA ALVES, 1985, pp. 67-69).

2.1.2 Gewere: a posse no direito germânico

A “*Gewere*”, instituto criado nas fontes germânicas da tardia Idade Média, correspondia para o direito germânico medieval à posse romana e, a princípio, era um instituto digno apenas de curiosidade histórica. O instituto despertou atenção na doutrina, contudo, apenas na obra de *Savigny* que, caracterizando a posse romana como

senhoria física sobre a coisa, percebeu-se que em várias hipóteses não havia correspondência entre os institutos germânico e romano.

A partir daí inúmeros juristas germânicos se dedicaram ao estudo da *Gewere*, a fim de dar-lhe um conceito unitário capaz de compreender as suas múltiplas facetas, que tem resistido às investidas para fixação de conceito único que abranja a todas. Isso porque a *Gewere*, ora se manifestava com poder físico sobre a coisa (*Gewere* do espoliador), ora como poder de fato conexo com o direito a ele correspondente (*Gewere* do proprietário possuidor), ora independentemente de qualquer poder físico (*Gewere* do herdeiro) (MOREIRA ALVES, 1985, p. 75).

Primitivamente, o termo *Gewere* designava o ato pelo qual se transferia juridicamente um imóvel, e no qual a pessoa que até então exercera a senhoria sobre ele, declarava que a renunciava. Posteriormente, a *Gewere* passou a indicar, também, a relação de senhoria entre pessoa e coisa, quer tivesse por objeto coisa móvel ou imóvel, quer surgisse da aquisição derivada ou originária.

No tocante à segunda acepção, a *Gewere* como relação de senhoria entre pessoa e coisa, é o instituto do direito germânico medieval correspondente à *possessio*, que só foi introduzida no direito alemão com a recepção do direito romano na Alemanha, que ocorreu apenas no século XVI. Ocorre que correspondência não significa igualdade, de modo que, ao passo que apresenta pontos de contato com a *possessio*, dela se afasta em outros aspectos. Isso porque, enquanto o direito romano distinguiu, nitidamente, as três posições em que decorre para uma pessoa poder sobre uma coisa (posse, propriedade e detenção), o direito germânico medieval desconheceu, quanto às coisas móveis, a diferença entre posse e detenção, e, inclusive, que o direito germânico medieval distinguiu posse de propriedade, eis que ambas figuras foram abrangidas pelo *Gewere*.

Em relação ao conceito do *Gewere*, os juristas germânicos divergem, existindo três correntes de opinião que se sucederam cronologicamente: (i) a defendida por Abrecht; (ii) a representada por Laband e Heusler; (iii) a encabeçada por Gierke e Huber.

Para Abrecht, a *Gewere* é aquilo que dá a uma relação entre pessoa e coisa eficácia real, ou seja, uma ação real ou proteção contra ação real de terceiro. Vê-se que essa concepção é examinada, precipuamente, pelo ângulo processual. Não se diz intencionalmente um direito sobre a coisa.

Laband e Heusler, por sua vez, entendendo ambos que a *Gewere*, no

direito germânico medieval era - à semelhança da *possessio*, no direito romano - o poder de fato de utilização e gozo de uma coisa, pouco importava que ele consistia na detenção física imediata ou na percepção de frutos, pois se manifestava por meio de gozo de fato, não necessitando estar ligada à detenção imediata. (MOREIRA ALVES, 1985, p. 82)

Mais recentemente, Gierke e Huber entendem que a *Gewere* é o elemento formal e exterior do direito real. Daí a afirmação de Huber que a *Gewere* se apresenta como forma sob a qual o direito real é defendido, conquistado e transferido, portanto, não há direito real que não seja representável por meio de uma *Gewere* mas, ao contrário, todo direito real é reconhecido no comércio jurídico sob a forma de uma *Gewere*. Porém, Gierke e Huber não coincidem totalmente, eis que Gierke acentua que a *Gewere* é a veste do direito real, enquanto Huber salienta que ela é o conteúdo econômico do direito real. Para ambos, todavia, a *Gewere* é uma posição jurídica autônoma que dá a forma dos direitos reais.

Os defensores de Huber, salientam que, para que haja *Gewere*, é necessário que se preencham dois requisitos que lembram os dois elementos constitutivos da *possessio*, qual seja, o *corpus* e o *animus*: (i) a senhoria de fato sobre a coisa e (ii) a correspondência dessa senhoria a um direito real. Apesar de em poucos casos não houver senhoria de fato, ainda sim haverá *Gewere*. Em geral, contudo, é necessária a senhoria de fato sobre a coisa, que se apresenta de forma diversa conforme o objeto da *Gewere* seja móvel ou imóvel. Sendo móvel, a senhoria de fato se traduz na detenção da coisa, enquanto na imóvel há senhoria de fato desde que haja utilização econômica. Assim, ainda que o agente não tenha o imóvel imediatamente sob seu poder físico, será titular da *Gewere* sobre ele se, por meio de terceiro, auferir seus frutos naturais ou civis.

Além da senhoria de fato, é necessária a afirmação de que essa senhoria corresponde a um direito real sobre a coisa. Daí a ideia de que se o proprietário de um imóvel o entregar a outrem para que este simplesmente o administre, o titular da *Gewere* não passa a ser o administrador, mas continua sendo o proprietário. Isso porque, ainda que o administrador exerça a senhoria de fato sobre o imóvel, por ser meramente administrador, essa senhoria não corresponde a um direito real próprio.

A senhoria de fato aliada à afirmação de que ela corresponde a um direito real fazem que se presuma que quem tem a *Gewere* sobre a coisa seja titular de direito real sobre esta. A *Gewere*, gera, portanto, a presunção da existência do direito real que ela

exterioriza. E, em razão dessa presunção (e não pela senhoria de fato, como ocorre na possessão), é que o ordenamento jurídico protege a *Gewere*.

Em relação à aquisição da *Gewere*, ou era originária ou derivada. Novamente, era necessário distinguir os bens imóveis dos móveis. Sobre os imóveis, ocorria a aquisição derivada da *Gewere* quando houvesse transferência para outrem realizada pelo até então titular da *Gewere*, adjudicação ou transmissão hereditária. Já a aquisição originária da *Gewere* sobre o imóvel ocorre quando alguém, sem utilizar os meios de posse derivada, obtém a posse útil do imóvel, com a intenção de tê-lo para si. Todavia, a aquisição originária não é automática, de modo que a *Rechte Gewere* só é adquirida quando verificar que a *Gewere* perdurar, sem ataque, durante ano e dia.

No tocante aos bens móveis, a *Gewere* se adquire sem necessidade de tomar a efetiva posse e é, desde logo, oponível contra todos, quando houver transmissão hereditária, imissão judicial na posse e, por fim, a adjudicação de um imóvel que faz surgir para o adjudicante a *Gewere* sobre as coisas móveis que se encontram neste imóvel. Ainda existem duas hipóteses em que, além da necessidade da tomada efetiva da posse, a *Gewere* passa a ser oponível ao alienante depois de transcorridos três, quais sejam, mediante tradição da coisa por meio de dolosa tomada de posse da coisa.

Sobre a perda da posse, importante destacar que a *Gewere* se extingue quando se perde o poder de fato sobre a coisa, sem que haja sua aquisição por outrem ou, ainda, quando esta se dá, tornando o novo titular da *Gewere*.

No que concerne aos efeitos da *Gewere*, os autores, em regra, concordam que o instituto produz três espécies de efeitos: defensivo, ofensivo e translativo. O efeito defensivo permite que seu titular, ainda que adquirida por ato ilícito, defenda-a com emprego da força se alguém pretende despoja-lo extrajudicialmente ou, ainda, na própria ação judicial que outrem lhe mova para retirar-lhe a *Gewere*. A defesa pela força física se explica pelo fato de que as fontes germânicas medievais acentuam que o titular da *Gewere* não pode ser privado dela senão por sentença judicial.

Por outro lado, o direito presumido que se exterioriza ela *Gewere* pode ser posto em dúvida sendo, portanto, suscetível de ser atacada pela via judicial. Ressalta-se que o seu titular goza de proteção processual favorável em relação à preferência no tocante à prova, ou seja, a *Gewere* possibilita ao seu titular fazer prova em primeiro lugar, o que é vantajoso pois, ao contrário do que ocorre no direito romano e moderno, a prova não é

ônus, mas, sim, direito da parte. Assim, assinala Bourcart:

“E eis em que a situação do possuidor é mais vantajosa: sua posse lhe dá o direito de produzir, em primeiro lugar, a prova. Com efeito, ao contrário das ideias romanas e de nossas ideias modernas, a prova constitui um direito e não um ônus, e desde então o que tem a prioridade do direito à prova tem vantagem sobre seu adversário; ele tem a vantagem do que atira, em primeiro lugar, num duelo.”

Quanto ao efeito ofensivo, mais uma vez, é imprescindível separar a *Gewere* sobre bem móvel daquela sobre bem imóvel. Em se tratando de bem imóvel, ocorre o efeito ofensivo quando o titular da *Gewere* pode recuperar a posse útil da coisa imóvel através de ação judicial contra o esbulhador. Sendo bem móvel, seria necessário distinguir a privação voluntária da privação involuntária da *Gewere*.

Ocorria a privação voluntária quando o móvel fosse entregue ao depositário ou comodatário e este se negasse a restituí-la, de modo que dispunha a pessoa voluntariamente privada ação pessoal (e não judicial) contra este para obter a restituição do móvel ou, não sendo mais possível, a indenização correspondente. Se, porém, a privação da *Gewere* fosse involuntária - através de roubo, furto ou perda - quem dela estivesse privado poderia reavê-la com o emprego da força ou recuperá-la. O efeito translativo, por fim, determina que a transferência do direito real sobre uma coisa móvel ou imóvel somente poderia ocorrer por quem possuísse a *Gewere* sobre ela.

2.1.3 A posse no direito canônico

As contribuições fundamentais do direito canônico à posse se limitaram, sobretudo, ao conceito de posse e à defesa possessória. No que concerne à proteção possessória, o direito canônico inovou, com certa ousadia, ao criar dois novos institutos: a *exceptio spolii* e a *condictio ex canone redintegranda* (posteriormente denominada de *actio spolii*). Apesar das influências do direito germânico medieval, o direito canônico fundamentou-se, principalmente, no direito romano e, ao contrário dos glosadores, que buscavam compreender a teoria possessória romana, os canonistas preocuparam-se em encontrar soluções para atender aos fatos sociais da época (MOREIRA ALVES, 1985, p. 109).

O direito canônico introduziu, primeiramente, o instituto da *exceptio spolii*, que coexistia com os interditos possessórios romanos, e era uma exceção que o bispo

poderia utilizar, quando despojado de seu bispado e acusado criminalmente. Por força do princípio canônico “*spoliatus ante omnia restituendus*” (o esbulhado, antes de tudo, deve ser reintegrado), a acusação contra o bispo não poderia ser processada antes dele ser reintegrado no bispado e no patrimônio episcopal, através da *exceptio spoli* (MOREIRA ALVES, 1985, p. 119).

A essa exceção estava interligada uma ação de natureza possessória, não independente, pois estava condicionada à acusação criminal e à *exceptio spoli*, se dirigindo contra o esbulhador e decidida pela mesma autoridade judiciária. Essa ação, denominada de *condictio ex canone redintegranda* (posteriormente chamada de *actio spoli*), foi criada em razão da amplitude do conceito de spolium, abrangendo quaisquer espécies de desapossamento ilegal, embora não violento, o que tornou os interditos romanos insuficientes, fazendo-se necessário o emprego de outras ações romanas como, por exemplo, a *actio quod metus causa*.

Ocorre que essa ação romana somente poderia ser intentada contra o esbulhador, de modo que os canonistas criaram a *actio spoli* para intentar contra o terceiro possuidor. Ao final, a ação que era utilizada apenas no processo penal, estendeu ao processo civil, aplicando-se a todos, religiosos e leigos, além de utilizada contra quaisquer tipos de desapossamento. Essa ampliação significou que, a ação competia a toda espécie de possuidor, os injustos ou de má-fé, inclusive ao mero detentor; admitia como objeto a posse de bens móveis ou imóveis; não comportava a exceção de domínio; dirigia-se tanto contra o esbulhador quanto contra quem, de boa-fé ou de má-fé, dele adquira a posse, e, não bastante, o prazo de prescrição era de trinta ou quarenta anos (MOREIRA ALVES, 1985, pp. 120-121).

2.1.4 A posse nos códigos modernos

Delineadas as contribuições dos sistemas romano e medieval germânico e examinadas as inovações advindas do direito canônico, importante mencionar, também, a contribuição dos códigos modernos de direito privado, surgidos nos fins do século XVIII e início do século XIX, para o estudo contemporâneo da posse.

A legislação até então era constituída, predominantemente, pelo direito

romano, mas englobava elementos advindos de sistemas diversos, dentre eles, o direito germânico, o direito feudal e o direito canônico. Tais elementos díspares estiveram em contato durante a Idade Média, mas não se fundiram, coexistindo como fontes de direito privado. Ocorre que, após o nascimento do Estado moderno, em que a sociedade passa a ter uma estrutura monista, em contraposição à modalidade pluralista da Idade Média, bem como com o desenvolvimento da indústria, surge o anseio da uniformidade ao direito privado, eliminando as contradições e alcançando-se a “certeza” do direito (MOREIRA ALVES, 1985, p. 245).

Assim, resultante de uma crise legislativa positiva da época, motivada pela ausência de unidade e uniformidade das leis civis, e aliada às ideias e métodos do jusracionalismo à época, o direito privado moderno iniciou sua sistematização no terreno jurídico, o que redundou na maior contribuição para, não apenas a posse, mas o direito privado como um todo, de forma a uniformizar o direito e eliminar as controvérsias que tanto assombravam o estudo da posse.

2.2 Noções Gerais sobre a posse

2.2.1 Teoria Possessória

Como mencionado no tópico anterior, as dificuldades no estudo da posse residem em suas controvérsias e opiniões divergentes, sobretudo, em relação à sua conceituação. Por tais razões, diversas teorias buscaram explicar o conceito de posse, podendo, entretanto, ser categorizadas em dois grupos: as teorias subjetivas, no qual se integra a de *Friedrich Karl Von Savigny*, que se tornou precursor nesta questão nos tempos modernos; e o das teorias objetivas, cujo principal propugnador foi *Rudolf Von Ihering*.

Surgiram, também, teorias intermediárias ou ecléticas, como as de *Ferrini*, *Riccobono* e de *Barassi*, mas obteve pouca repercussão. Ainda, no início do século XIX, também surgiram teorias com ênfase no caráter econômico e na função social da posse, denominadas teorias sociológicas, como as de *Perozzi*, *Saleilles* e *Hernandez Gil* (GONÇALVES, 2012, p. 49). Contudo, especificamente neste estudo, serão abordadas apenas as principais teorias da posse, quais sejam, a subjetiva e a objetiva.

Em 1893, ao tentar reconstruir a sistemática da posse no direito romano

em sua obra Tratado da posse (*Das Recht des Besitzes*), Savigny descobriu a posição autônoma da posse, isto é, a existência de direitos exclusiva e estritamente resultantes da posse: o *ius possessionis*. Para ele, a posse pode ser conceituada como o poder direto ou imediato que a pessoa tem de dispor fisicamente de um bem com a intenção de tê-lo para si e de defendê-lo contra a intervenção ou agressão de outrem (GONÇALVES, 2012, p. 49).

Vê-se, portanto, que, para essa corrente existem dois elementos: o corpus, elemento objetivo que consiste na detenção física da coisa, e o animus, elemento subjetivo que representa a intenção de exercer sobre a coisa um poder do interesse próprio e de defendê-la contra a intervenção de outrem (TARTUCE, 2014, p. 28).

Importante destacar que o elemento subjetivo não consiste propriamente na intenção de ser dono, mas na vontade de tê-la como sua, de exercer o direito de propriedade como se titular fosse (GONÇALVES, 2012, p. 49). Ainda assim, Savigny defende que é necessária a conjunção de ambos elementos, não basta o corpus, como não basta apenas o animus.

Por lógica, ante o elemento subjetivo, é possível concluir que, para essa teoria, o locatário, o comodatário e o depositário não seriam possuidores, uma vez que não haveria qualquer intenção destes se tornarem proprietários, de modo que não gozam de proteção direta, impedindo-os de ingressar com as ações possessórias. Todavia, o Código Civil de 2002 não adotou, em regra, essa corrente, porquanto os sujeitos citados - locatário, comodatário e depositário - são, sem sombra de dúvidas, possuidores.

Percebe-se, portanto, que o novo Código Civil adotou majoritariamente a teoria de Ihering em relação às defesas possessórias, mas criou o instituto jurídico da Usucapião fundamentada na teoria de Savigny, o qual exige o *animus domini* (BORGES, 2013, p.83). Inclusive, no art. 1.196 da atual codificação cuja redação merece destaque “Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade. ”

Por sua vez, a teoria objetiva, cujo principal defensor foi Ihering, aluno de Savigny na Faculdade de Direito de Berlim, definiu que basta que a pessoa disponha fisicamente da coisa, dispensada a intenção de ser dono, de modo que a posse tenha apenas o elemento objetivo, que é o corpus. Tal expressão, contudo, não significa contato físico com a coisa, mas sim uma conduta de dono, revelando o comportamento do agente em face da coisa.

Além disso, para essa teoria, dentro do conceito de corpus está uma intenção, que não corresponde ao *animus domini*, mas sim de explorar a coisa com finalidade econômica (TARTUCE, 2014, p. 29). Assim, a conduta de dono pode ser analisada objetivamente, sem a necessidade de análise sobre a intenção do agente, de forma que a posse é a exteriorização da propriedade, a visibilidade do domínio, o uso econômico da coisa. Nesse sentido, Sílvia Rodrigues destaca:

O lavrador que deixa sua colheita no campo não tem a tem fisicamente: entretanto, a conserva em sua posse, pois que age, em relação ao produto colhido, com o proprietário ordinariamente o faz. Mas, se deixa no mesmo local uma joia, evidentemente não mais conserva a posse sobre ela, pois não é assim que o proprietário age em relação a um bem dessa natureza.

O Código Civil de 1916, projeto de Clóvis Beviláqua, procurou ser fiel à teoria de Ihering, visivelmente influenciado pelo Código Civil alemão, onde há princípios germânicos que não se conciliam com direito romano. Assim, considerou-se o possuidor como simples detentor da coisa, independentemente do animus, porque o simples fato de se constatar alguém ocupando materialmente a coisa e atuando sobre ela, segundo a teoria da aparência, presume-se que a coisa lhe pertence.

A título de exemplificação, pode se utilizar a simbologia do sujeito que anda com um chapéu na rua, tratada pelo doutrinador Hernandez Gil em sua obra *la función social de la posesión*. De acordo com Savigny, o sujeito é possuidor pois tem a intenção de ser dono do chapéu e se apresenta com o bem. A par da teoria de Ihering, há posse, pois, a pessoa se apresenta com o chapéu, tendo o domínio fático da coisa. Por sua vez, na teoria sociológica, há posse em razão do reconhecimento e aceitação da coletividade de que essa pessoa é possuidora, além da destinação que é dada ao chapéu (TARTUCE, 2014, p. 30).

As teorias objetiva e subjetiva divergem, ainda, quanto à natureza da posse, eis que Savigny defende que a posse é um fato que se converte em direito porque a lei o protege. Considerada em si mesma é fato, considerada nos efeitos que produz (usucapião e interditos), é direito. Ihering, por sua vez, sustenta que a posse é um direito (GOMES, 2010, p. 38).

2.2.2 Fundamento da Posse: Jus possessionis e Jus Possidendi

A posse tutelada pelo ordenamento jurídico brasileiro não apenas corresponde ao direito de propriedade e demais direitos reais, mas também corresponde à figura independente e autônoma de um título. Tal proteção decorre a fim de evitar violência e assegurar a paz social, tratando-se, portanto, de uma situação fática protegida pelo legislador. Dessa maneira, ainda que um proprietário violentamente desapossado de um imóvel possa valer-se da ação reivindicatória para reavê-lo, de igual forma o possuidor pode utilizar-se da ação possessória para possibilitar a reintegração deste na posse do imóvel objeto da lide.

Os institutos *do jus possessionis* e *do jus possidendi* nada mais são que a assecuração do direito à proteção de situações contra atos de violência, para garantia da paz social. A diferença dos institutos reside em que, a *do jus possessionis* é derivada de uma posse autônoma, independentemente de qualquer título, enquanto o *do jus possidendi* trata-se do direito à posse conferido ao portador de título transcrito (GONÇALVES, 2012, p.46).

Assim, se alguém se instala em um imóvel e nele se mantém, mais de ano e dia, mansa e pacificamente, cria uma situação possessória de proteção denominada *do jus possessionis* em face de terceiros e, inclusive, do próprio proprietário. Neste caso, o possuidor só perderá o imóvel para o proprietário, futuramente, através da ação reivindicatória, de modo que até lá a situação será mantida.

Conclui-se, portanto, que o *do jus possessionis* persevera até que o *do jus possidendi* o extinga (GUIMARÃES, 1949, p. 19).

2.2.3 Posse vs. Detenção

A dificuldade na conceituação do instituto possessório reside, também, na distinção entre posse e do estado de fato denominado detenção. Para Savigny, a presença de *corpus* sem *animus* denomina-se detenção. Além disso, só existe detenção se há apenas vontade de possuir para outrem ou em nome de outrem, como nas hipóteses de locação, comodato e usufruto.

Noutro viés, Ihering sustenta que posse e detenção não se distinguem pela presença ou não do *animus*, haja vista que os dois elementos, objetivo e subjetivo (*corpus* e

animus) estão indissociavelmente ligados e se revelam pela conduta de dono. Para tanto, afirma que a distinção da posse e detenção decorre de um elemento externo, que se traduz no dispositivo legal que, com referência a certas relações que preenchem os requisitos da posse e têm a aparência de posse, suprime delas os efeitos possessórios (GONÇALVES, 2012, p. 63).

Apesar das divergências, conclui-se que na detenção alguém retém consigo a coisa, exercendo controle sobre ela em nome de outrem, a quem esteja subordinado por relação de dependência. A distinção entre posse e detenção reside num aspecto básico: enquanto na posse os atos são exercidos em proveito próprio, na detenção os atos são exercidos em nome ou proveito alheio (RIZZARDO, 2011, p. 54).

Nesse sentido, dispõe o artigo 1.198 do Código Civil que “Considera-se detentor aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas”. Há, portanto, uma relação de ordem, obediência e autoridade, ante a ausência de independência da vontade do detentor, que age conforme determina o possuidor.

A título de exemplo de detenção, estão o caseiro, os soldados em relação às armas e à cama do quartel, dos funcionários públicos quanto à repartição, do preso com relação às ferramentas da prisão com que trabalha, dos domésticos quanto às coisas do empregador etc (MIRANDA, 2000, p. 87).

Além disso, o parágrafo único do sobredito dispositivo faz presumir a detenção se como detentor iniciou a ter a coisa, de modo a evitar que alguém procure mudar uma relação inicial exercida sobre a coisa. Por não se tratar de axioma, mas de presunção, na hipótese do desaparecimento do vínculo de dependência, não haverá mais detenção, de modo que será possível a conversão da detenção em posse, conforme assevera o Enunciado 301 da IV Jornada de Direito Civil (TARTUCE, 2014, p. 35).

Como o detentor não tem a posse, não lhe assiste o direito de invocar, em nome próprio, as ações possessórias, no entanto, é assegurado ao detentor a defesa da posse alheia por meio da autotutela prevista no art. 1.210, §1º do Código Civil, como consequência do seu dever de vigilância, conforme reconhece o enunciado 493 da V Jornada de Direito Civil: “O detentor pode, no interesse do possuidor, exercer a autodefesa do bem sob seu poder” (TARTUCE, 2014, p. 32).

Por fim, proclama o art. 1.208 do Código Civil que “não induzem posse

os atos de mera permissão ou tolerância” e acrescenta que igualmente não se autoriza a aquisição da posse “os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou clandestinidade”. Nestas hipóteses, os aludidos atos impedem o surgimento da posse, de modo que aquele que os pratica será considerado mero detentor independente, ou seja, detentor sem qualquer relação de dependência com o possuidor. Contudo, cessada a violência ou a clandestinidade, continuam os atos a produzir o efeito de qualificar, como injusta e com os efeitos daí resultantes, a posse que surge a partir de então (GONÇALVES, 2012, p. 65).

Em síntese, enquanto perdurar a violência ou clandestinidade não haverá posse. Cessada a prática destes ilícitos, surge a posse injusta, viciada.

2.3 Classificação, Aquisição e Perda da Posse

2.3.1 Classificação

Existem diversas formas de qualificação do instituto possessório, sendo de suma importância tal classificação, uma vez que a incidência de determinadas normas jurídicas depende das qualidades atribuídas à posse. Não obstante, a presença ou ausência de certos elementos, objetivos ou subjetivos, determina a especialização de qualidades, que a diversificam em várias espécies. (GOMES, 2010, p. 47)

Referida relevância da classificação possessória para definir o direito à proteção é determinada pelo próprio Código Civil, que aponta qualidades que deverão estar presentes para possibilidade de utilização dos interditos. Assim, aquele que adquiriu a posse de modo lícito, será considerado legítimo o poder de fato sobre a coisa; por outro lado, aquele que a obteve de modo ilícito, haverá repulsa do direito porquanto viciada a posse (RIZZARDO, 2011, p. 41).

Tecidas essas considerações, passa-se à classificação.

2.3.1.1. Quanto ao seu exercício: direta e indireta

Conforme o disposto no artigo 1.197 do Código Civil, qualifica-se a

posse quanto ao seu exercício, podendo esta ser direta ou indireta. Essa diferenciação da posse ocorre quando, por negócio jurídico, seja transferida a outrem o direito de usar a coisa, por exemplo, através do usufruto, do comodato, do penhor, da enfiteuse etc. Nestes casos, a posse se dissocia: o titular do direito real fica com a posse indireta, enquanto o terceiro com a posse direta, formando a posse paralela.

Direta é a posse quando o sujeito tiver a apreensão física da coisa, em caráter temporário, em razão de ato jurídico pessoal ou real, podendo exercer seus poderes de forma imediata, sem a interferência de terceiros (GONÇALVES, 2012, p. 80). Na posse direta, portanto, o possuidor adquire um direito real de coisa alheia, direito esse de uso e gozo, obtendo o exercício de uma das faculdades do domínio, em razão de uma obrigação ou do direito (RIZZARDO, 2011, p. 48)

Por sua vez, haverá posse indireta quando não houver apreensão material da coisa (posse mediata). Assim, o titular da posse, que a usufrui, por uma convenção ou em virtude da lei, transfere o exercício de seus direitos sobre o bem temporariamente, mas conserva um resíduo de posse sob seu comando, ou algum poder de disposição no bem, pelo menos no que diz respeito à vigilância e conservação (RIZZARDO, 2011, p. 48).

Além disso, ao possuidor direto, assiste o direito ao uso dos interditos para defender a sua posse, contra as injúrias, turbações ou esbulhos de terceiros, inclusive do proprietário, de quem recebeu a posse (LÍVIO, 2002, p.35).

Pereira (1985, p. 58), em sua obra Instituições do Direito Civil, trata do desdobramento da posse em direta e indireta, com enfoque na proteção possessória:

A posse direta e a indireta coexistem; não colidem nem se excluem. Ambas, mediata e imediata, são igualmente tuteladas, sendo ilícito ao terceiro oponente invocar em proveito próprio o desdobramento. Uma vez que coexistem, e não colidem, é lícito aos titulares defendê-la. Contra o terceiro que levante uma situação contrária, pode o possuidor direto invocar a proteção possessória, como igualmente o possuidor indireto, sem que haja mister convocar o auxílio ou a assistência do outro. Cada um ou qualquer um defende a posse como direito seu, por título próprio, independente do título do outro.

Por fim, nem sempre a posse direta pressupõe a indireta. É o caso do sujeito que vem ocupando um imóvel, a fim de usucapi-lo. Não há, nesta situação, um proprietário exercendo alguma dominação, ou algum poder sobre o bem, de modo que a

posse direta existe sozinha, sem a presença de uma posse indireta (AZEVEDO, 1987, p. 59).

2.3.1.2. Quanto aos seus vícios: justa e injusta

Qualifica-se a posse, ainda, em relação aos seus vícios. Dispõe o artigo 1.200 do Código Civil que as posses viciadas ou injustas são aquelas adquiridas mediante violência, precariedade ou clandestinidade. Adotou-se, portanto, a técnica legislativa em que um conceito é positivamente expresso, ao passo que o seu oposto é compreendido pela sua declaração implícita. Logo, a posse justa é aquela exercida segundo os ditames jurídicos, sem violência, precariedade ou clandestinidade.

A posse violenta é aquela adquirida mediante esbulho, por força física ou violência moral. A força física diz respeito à ocupação por meios que impeçam a reação da pessoa, em que predominam a agressão e, até mesmo, o poder das armas. A violência moral, por sua vez, se estabelece mediante a intimidação ou ameaças, que levam a pessoa a abandonar o bem. Incluem-se, também, as chantagens, ameaças de morte e de acusação sobre fatos atentatórios à moral, de modo a levar o possuidor ao repúdio da sociedade (RIZZARDO, 2011, p. 42).

É clandestina a posse daquele que furta um objeto ou ocupa um imóvel de outro às escondidas, de forma oculta, à surdina. Ocorre tal espécie de posse injusta quando invasão de bens imóveis, especialmente na ausência do titular do domínio, ou nas alterações de divisas entre terrenos, sem que seja facilmente perceptível a alteração.

A posse precária, por sua vez, é aquela em que o ocupante age com abuso de confiança, seja recusando-se a devolver o bem após vencido o prazo, ou apropriando-se do mesmo apesar de entregue para determinado fim. Na precariedade, a posse inicia-se como justa e legítima, todavia, é convertida em posse injusta em razão de determinado fato. Além disso, a injustiça da posse se caracteriza, não no momento da instalação da posse, mas no momento da recusa da restituição devida. Portanto, a partir do momento em que o titular do bem toma conhecimento do abuso de confiança ou recusa e mantém-se inerte, inicia-se o prazo para o lapso prescricional da aquisição (RIZZARDO, 2011, pp. 42-43).

Vale lembrar que a posse, ainda que injusta, também é posse, podendo ser

protegida pelas ações do juízo possessório, não contra aquele de quem se tirou a coisa, mas em face de terceiros, eis que a posse somente é viciada em relação a uma determinada pessoa, não tendo o vício efeito *erga omnes* (VENOSA, 2005, p. 78). Assim, a posse obtida clandestinamente é injusta em relação ao legítimo possuidor, mas poderá ser justa em relação a um terceiro que não detenha posse alguma.

Por fim, enquanto perdurar a violência ou subsistir a situação na clandestinidade, não haverá situação possessória, porquanto trata-se de mera detenção. Cessados, surge a posse, porém injusta. Contudo, a precariedade difere-se da violência e da clandestinidade, porque estas últimas podem cessar ensejando o convalescimento do vício e, por conseguinte, a aquisição da posse, conforme dispõe o art. 1.208 do Código Civil. (GONÇALVES, 2012, p. 89).

2.3.1.3. Quanto ao elemento subjetivo: boa-fé e má-fé

Quanto ao elemento subjetivo, o Código Civil, em seu artigo 1.201 caracteriza o possuidor de boa-fé como aquele que ignora o vício ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa. Percebe-se que, no contexto possessório, a boa-fé ultrapassa o seu sentido objetivo, como mera regra de conduta, e alcança seu sentido subjetivo, como consciência por ter adquirido a posse por meios legítimos.

Ao possuidor de boa-fé não proprietário, a legislação o premia, conferindo-lhe os frutos provenientes da coisa possuída; exime-o de indenizar a perda ou deterioração do bem possuído; regulamenta a hipótese de quem, com material próprio, edifica ou planta em terreno alheio e, por fim, outorga direito de ressarcimento pelos melhoramentos realizados. (PEREIRA, 1976, 72-33)

Apesar disso, a boa-fé não é necessária para o uso das ações possessórias, desde que a posse seja justa. Assim, ainda que o possuidor esteja de má-fé, certamente não perderá o direito de ajuizar ação possessória para defender-se. A boa-fé, nesse contexto, só é relevante para usucapião, disputa sobre frutos e benfeitorias da coisa possuída ou, ainda, da definição da sua responsabilidade pela perda ou deterioração. (GONÇALVES, 2012, p. 96).

A má-fé é, ao contrário da posse de boa-fé, toda aquela em que o

possuidor tem ciência do vício ou obstáculo impeditivo de aquisição da posse de que se encontra investido. Constitui posse de má-fé, portanto, o fato de alguém encontrar determinado objeto e levar consigo. (RIZZARDO, 2011, p. 45).

Ainda, é possível a transmutação da posse de boa-fé em posse de má-fé, conforme art. 1.202 do Código Civil, o qual determina que “*a posse de boa-fé só perde este caráter no caso e desde o momento em que as circunstâncias façam presumir que o possuidor não ignora que possui indevidamente*”. Dessa forma, no momento em que o possuidor de boa-fé tiver conhecimento posterior do vício ou obstáculo impeditivo da aquisição, cessará sua boa-fé.

2.3.1.4 Quanto ao tempo: posse nova e posse velha

No tocante ao tempo, o artigo 507 do Código Civil de 1916 dispunha em seu caput que “*nenhum possuidor será mantido ou reintegrado judicialmente, senão contra os que não tiverem melhor posse*” e, em seu parágrafo único, estabelecia critérios para apurar a referida “melhor posse”, entendendo-se tal a que “*se fundar em justo título; na falta de título, ou sendo os títulos iguais, a mais antiga; se da mesma data, a posse atual. Mas se todas forem duvidosas, será sequestrada a coisa, enquanto não se apurar a quem toque*”.

O artigo 1.211 do Código Civil de 2002, contudo, suprimiu os critérios estabelecidos no código antecessor, enunciando apenas que “*quando mais de uma pessoa se disser possuidora, manter-se-á provisoriamente a que tiver a coisa, se não estiver manifesto que a obteve de alguma das outras por modo vicioso*”. Desse modo, o dispositivo não distinguiu a posse nova da posse velha, cabendo ao juiz avaliar, caso a caso, a melhor posse (GONÇALVES, 2012, p. 102).

Não se deve confundir, todavia, a posse nova com ação de força nova, e a posse velha com ação de força velha. Enquanto as posses - novas e velhas - classificam-se quanto à sua idade, as ações classificam-se quanto à sua força, nos termos do artigo 924 do Código de Processo Civil. Considera-se ação de força velha se transcorrido mais de um ano e dia, e ação de força nova se não escoado ano e dia, levando-se em conta, como termo inicial, a ocorrência do esbulho ou da turbação alegada na petição inicial.

O decurso do prazo consolida a situação de fato, permitindo que a posse injusta se torne livre de defeitos decorrentes da violência e da clandestinidade que outrora a contaminava. No mais, após transcurso do prazo, ainda que não perdido o caráter possessório, a ação possessória de força velha tramitará pelo procedimento comum, enquanto a ação de força nova reger-se-á pelo rito especial.

O propósito da fixação deste prazo é bastante obscuro, havendo notícia que estaria relacionado ao plantio e às colheitas anuais. Contudo, a versão mais aceita atualmente, é que a anualidade surgiu nos costumes romanos, sendo imprescindível o transcurso do tempo para constituir a presunção de propriedade, eis que se entendeu que a duração razoável da posse poderia produzir tal efeito (RODRIGUES, 1980, p. 332; VENOSA, 2003, p. 86)

2.3.2 Aquisição

Tratando-se de posse e não de propriedade e, portanto, de mero estado fático, não há razão para se lhe remontar à origem. Justifica-se, contudo, a fixação da data da aquisição da posse pelas seguintes razões: *(i)* os vícios possessórios decorrem da forma pela qual ela é adquirida, surgindo em seu momento inicial e *(ii)* porque é possível apurar o lapso temporal de ano e dia capaz de distinguir a posse nova da posse velha. No mais, utiliza-se o momento da aquisição da posse para marcar o início do prazo de usucapião (SANTIAGO DANTAS, 1981, p. 66; RODRIGUES, 2002, p. 38).

O Código Civil de 2002, ao contrário do seu antecessor, não fez discriminação dos modos de aquisição da posse, limitando-se a proclamar, em seu artigo 1.204 que “adquire-se a posse desde o momento em que se torna possível o exercício, em nome próprio, de qualquer dos poderes inerentes à propriedade”.

Os modos de aquisição de posse, normalmente, são classificados em originários e derivados. No modo originário, adquire-se a posse quando não há consentimento do possuidor precedente (GOMES, 2010, p. 62) como, por exemplo, nas hipóteses de apreensão da coisa - que consiste na apropriação unilateral da coisa “sem dono” -, exercício do direito - por exemplo, na servidão - ou disposição da coisa ou do direito.

Além disso, no caso de aquisição originária, surge uma nova situação de fato, de modo que a posse se encontra livre dos vícios que outrora a contaminava. Isto é, se o antigo possuidor era titular de uma posse de má-fé, tais vício desaparecem ao ser ele esbulhado. O mesmo não ocorre com a posse derivada porquanto o adquirente a recebe com todos os vícios que a existiam à época do alienante. Assim, tendo o alienante desfrutado de posse violenta, clandestina ou precária, o adquirente a desfrutará com os mesmos vícios, por força do art. 1.203 do Código Civil que determina que a posse conservará seu caráter anterior (GONÇALVES, 2012, p. 108).

A aquisição derivada decorre de um negócio jurídico, momento em que a posse é transmitida pelo possuidor a outrem, que poderá ocorrer mediante tradição ou sucessão. A tradição pressupõe um acordo de vontades, há um consentimento do possuidor precedente e pode ocorrer de três formas: efetiva, simbólica e consensual (GOMES, 2010, p. 64).

Na efetiva, a tradição se consuma com a entrega real da coisa vendida. A tradição simbólica, por seu turno, é aquela em que a entrega material da coisa é substituída por atos indicativos da transmissão possessória, por exemplo, a entrega das chaves na aquisição de um imóvel residencial. Por fim, a tradição consensual ocorre com uma variação no *animus*, de forma que aquele que possuía em nome alheio passa a possuir em nome próprio e, aquele que possuía em nome próprio, passa a possuir em nome alheio.

Essa tradição consensual assume duas formas: a *traditio brevi manu* e a *constitutum possessorium*. A primeira ocorre quando um possuidor de coisa em nome alheio passa a possuí-la como própria, por exemplo, quando o arrendatário adquire o imóvel, tornando-se seu proprietário. Já a *constitutum possessorium* - que não se presume, devendo constar expressamente do ato - ocorre quando o vendedor, por declaração de vontade, transmite a posse da coisa para o comprador, permanecendo, no entanto, na sua detenção material. Neste último caso, portanto, o possuidor de uma coisa em nome próprio passa a possuí-la em nome alheio (GONÇALVES, 2012, p. 113).

2.3.3 Perda

Sobre a perda da posse, sustenta Gonçalves (2012, p. 121) que, em razão

da posse ser a exteriorização do domínio e, considerando que o possuidor é aquele que se comporta em relação à coisa como dono, a partir do momento em que este não se comporte mais dessa maneira, ou se veja impedido de exercer os poderes inerentes ao domínio, a posse estará perdida. Por tal razão, proclama o artigo 1.223 do Código Civil que “*perde-se a posse quando cessa, embora contra a vontade do possuidor, o poder sobre o bem, ao qual se refere o art. 1.196*”.

No que se refere ao estudo da perda da posse, este aclara-se à luz dos elementos constitutivos da relação possessória definidos por Savigny, uma vez que se perde a posse quando um ou ambos elementos (*corpus* e *animus*) deixam de existir (GOMES, 2010, p. 66). Assim, perde-se a posse pelo abandono, pela tradição, pela perda propriamente dita, pela destruição ou colocação da coisa fora do comércio e, por fim, pela posse de outrem.

Inicialmente, o abandono deve ser intencional ou voluntário, devendo transparecer no ato do possuidor a conclusão de se desfazer da coisa, deixando de tê-la consigo e não mais mantê-la em seu poder. Há, no caso, a presença do *corpus* e do *animus*, em razão do possuidor não mais exercer contato físico sobre a coisa e o afastamento da vontade de conservá-la sob seu controle. Não constituem abandono, portanto, o mero afastamento físico da coisa, tampouco os bens perdidos e esquecidos (RIZZARDO, 2011, p. 70).

A tradição da coisa, por sua vez, é a entrega da coisa a fim de transmiti-la. Trata-se tanto um modo de aquisição, quanto de perda da posse, afinal, aquele que efetua a entrega de uma coisa perde a sua posse; aquele que a recebe, adquire-a (SERPA LOPES, 1962, p.166).

No tocante à perda, a coisa desaparece, tornando impossível de exercer o poder físico em que se concretiza, como, por exemplo, na situação de um pássaro que foge da gaiola. Perdida a coisa, o possuidor priva-se da posse sem querer, ao contrário do abandono, em que a privação ocorre por ato intencional (GOMES, 2010, p. 69). Ressalta-se, ainda, que não há perda da posse quando ocorrer na residência de seu proprietário, nem enquanto o possuidor continua a procurar a coisa, mesmo que ocorrido em locais públicos, dando-se a perda, apenas, a partir do momento em que o titular da posse desistir de procurá-la (RIZZARDO, 2011, p. 72).

Perde-se a posse, também, pelo perecimento ou destruição da coisa,

podendo ser destruída tanto por ato do próprio possuidor, quanto por fato alheio à sua vontade. Sendo a coisa destruída pelo possuidor, a perda da posse resultará da eliminação do *corpus* e *animus*, eis que o ato da destruição revela a intenção do possuidor em se desfazer da posse. Por outro lado, a destruição da coisa por fato alheio à vontade do possuidor é aquela contra a vontade deste, seja por fato de terceiro ou acontecimento natural. Importante destacar que para a referida destruição ocasionar a perda da posse, é necessário que esta inutilize-a definitivamente (GOMES, 2010, pp. 69-70).

Por fim, perde-se a posse em razão da colocação da coisa fora do comércio. Sobredita extra comercialidade da coisa que provoca a perda da posse envolve uma determinação, em regra, de uma autoridade administrativa que subtrai o bem do comércio, ou da disponibilidade sobre o mesmo, como nas hipóteses de desapropriação de terras ou confisco de produtos alimentícios (RIZZARDO, 2011, p. 72). Salienta Washington de Barros Monteiro (1961, p. 73) que essa extra comercialidade pode ser determinada por motivos de ordem pública, de higiene, bem como de segurança pública.

2.3.4 Efeitos da Posse

Os efeitos da posse encontram-se dispostos nos artigos 1.210 e seguintes do Código Civil, e enquadram-se como todas aquelas consequências derivadas da relação possessória. Por tais razões, constituem-se efeitos específicos da posse (i) a proteção possessória; (ii) a percepção dos frutos; (iii) a responsabilidade pela perda ou deterioração da coisa; (iv) a indenização pelas benfeitorias e o direito de retenção; (v) a usucapião. (GONÇALVES, 2012, pp. 130-131).

Dentre todos os efeitos da posse, a proteção possessória é, certamente, a mais importante delas. Para Savigny, o fundamento dessa proteção reside na repressão à violência pois, considerada a posse como estado de fato, cabe à legislação, através da proteção possessória, repreender todos atos de violência capazes de alterar ou ferir o estado de fato. Ihering, todavia, entende que a razão desse anteparo é a proteção à propriedade, haja vista que a posse é a exterioridade dessa propriedade. (RIZZARDO, 2011, p. 85).

Independente do fundamento, é certo que a posse deve ser protegida por si mesma, eis que o simples fato de constituir uma realidade material, num poder de uma

pessoa sobre alguma coisa, enseja a proteção. Para tanto, essa defesa possessória pode decorrer de duas formas: através da legítima defesa e desforço imediato (autotutela) ou, ainda, mediante as ações possessórias (heterotutela). As ações possessórias, também denominadas de interditos possessórios, dividem-se em três: manutenção, reintegração e interdito proibitório, que serão melhor expostas no terceiro capítulo.

No tocante às defesas diretas, é lícito ao possuidor turbado no exercício de sua posse reagir em legítima defesa. Se, no entanto, a hipótese for de esbulho, ocorrendo a perda da posse, o possuidor poderá fazer uso do desforço imediato, cuja reação deva ser logo após ao ato consumado. Vê-se que as duas situações não se confundem: enquanto no esbulho houve a perda da posse, de modo que o possuidor consegue reagir e, em seguida, retomar a coisa; na turbação, somente tem lugar enquanto a turbação perdurar, estando o possuidor na posse de coisa (GONÇALVES, 2012, p. 131).

3. PROCESSO

O capítulo anterior abordou a posse, sua evolução histórica, seus fundamentos e teorias, sua classificação, perda e modos de aquisição. Limitou-se, portanto, ao direito material. Neste capítulo, no entanto, adentrar-se-á no direito processual, de modo a abordar as alterações trazidas pelo Novo Código de Processo Civil, bem como os institutos essenciais do direito processual civil, quais sejam, a ação, o processo e o procedimento. Ainda, será necessário delinear os diferentes procedimentos mantidos pelo novo Código de Processo Civil, quais sejam, os ritos comum e especial.

3.1 Alterações no Novo Código de Processo Civil

De início, como toda alteração representa uma transformação do estado original para seu estado atual, é preciso situar o estado anterior do objeto analisado para, somente depois, compreender as alterações ocorridas no estado atual. Por tais razões, será necessário delinear as peculiaridades do Código de Processo Civil de 1973 antes de adentrar nas alterações do Novo Código de Processo Civil.

O Código de Processo Civil de 1973, também denominado de Código Buzaid, compunha-se de cinco livros, assim intitulados: I - Do processo de conhecimento; II - Do processo de execução; III - Do processo cautelar; IV - Dos procedimentos especiais e V - Das disposições gerais e transitórias. Baseado nos padrões do direito europeu, o Código de Processo Civil de 1973 estabeleceu a divisão do processo civil em processo de conhecimento, processo de execução e processo cautelar. O processo de conhecimento equivalia a uma “parte geral” para o código, porquanto tratava de matéria pertinente às partes e procuradores, disciplinava a competência e os atos processuais, regulava o procedimento comum, que se subdividia em ordinário e sumário, além de abarcar os meios de prova, a sentença, a coisa julgada, os recursos e a tramitação dos processos nos tribunais.

No processo de execução, Livro II, o código eliminou a distinção entre ação executiva e executória, passando a existir apenas a execução forçada, que poderia ser por título judicial ou extrajudicial. O Livro III, por sua vez, buscou defender a autonomia

do processo cautelar, demonstrando grande avanço diante dos códigos europeus à época. Não bastante, no Livro IV, o Código Civil de 1973 buscou reduzir o número de procedimentos especiais como, por exemplo, separar os procedimentos de jurisdição contenciosa dos de jurisdição voluntária, adotando para estes últimos um procedimento geral, de grande utilidade prática (THEODORO JR., 2016, p. 64).

Como característica marcante deste Código, o caráter individual do direito processual civil refletia no direito de ação, nas suas condições e nos seus pressupostos, revelando-se dentro de uma estrutura individualizada, com institutos criados e disciplinados para atender unicamente a pessoa do autor e do réu, à luz da individualidade de um sujeito ativo e passivo. Após a socialização do direito constitucional, resultante de duas guerras, sentiu-se na esfera processual a necessidade de adaptar-se às novas concepções que valorizavam o social e revelavam a existência de direitos coletivos e difusos até então nem sequer pensados pelo direito processual (THEODORO JR., 2016, p. 65).

Nesse sentido, expõe Theodoro Jr. (2016, p. 65):

(...) o legislador brasileiro dos últimos anos cuidou de renovar o ordenamento jurídico formal, não só ampliando a assistência judiciária, como criando novos remédios de nítido feitiço social e coletivo, como a ação civil pública, o mandado de segurança coletivo e os juizados especiais de pequenas causas.

Deste movimento reformador culminou com a submissão ao Congresso Nacional do Projeto de um novo Código de Processo Civil (Projeto Legislativo nº 166/2010) que, após aprovado o texto, veio a constituir a Lei 13.105/15. Das principais inovações proporcionadas pelo novo Código de Processo Civil foi a grande abertura ofertada aos meios alternativos de soluções de conflitos, isto é, a arbitragem, a conciliação e a mediação, bem como a implantação de um sistema de colaboração, em que todos os sujeitos do processo são chamados a dialogar e cooperar entre si, a fim de buscar soluções de forma breve. (DINAMARCO, 2017, p. 39).

Ainda, houve uma preocupação constante com o abandono de conceitos e formas para se dedicar à busca de mecanismos destinados a conferir à tutela jurisdicional o grau de efetividade que dela se espera. Assim, ao invés de fixar-se na excessiva independência outrora proclamada para o direito processual, empenha-se na aproximação do processo ao direito material, de forma que a técnica processual não possa continuar sendo vista como fim em si mesma. (THEODORO JR., 2015, p. 76).

Enquanto o Código de Processo Civil de 1973 estabelecia, com extremo

rigor, a legalidade na definição procedimental, ou seja, estes não poderiam ser livremente escolhidos pelos sujeitos do processo, tampouco alterados por vontade destes, mesmo que de acordo, O novo Código de Processo Civil adotou o princípio da adaptabilidade. Tal princípio permitiu que as partes, quando plenamente capazes, estipulem mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa, consoante art. 190 do Código de Processo Civil, autorizando, inclusive, a fixarem um calendário vinculativo para a prática dos atos processuais (DINAMARCO, 2017, p.126)

O Código de Processo Civil trabalha com o conceito de flexibilização procedimental, permitindo a adaptação do rito processual às peculiaridades do caso concreto. Parte-se, portanto, de um procedimento padrão, autorizando às partes e ao magistrado, a alteração de prazos e da ordem dos atos processuais, adaptando-os às necessidades da situação objeto de tutela. Permite-se, portanto, uma espécie de construção de procedimentos adequados ao caso concreto, eis que abrem a oportunidade de concretização de técnicas processuais especiais, rompendo com a estrutura rígida dos procedimentos especiais antigos para entregar aos protagonistas do processo a possibilidade de adequar o procedimento às particularidades caso concreto. (MARINONI, 2017, p. 31)

Assim, conclui-se que se passa da era da uniformidade procedimental, para os procedimentos jurisdicionais diferenciados, chegando-se ao atual estágio, no qual as normas abertas e a disponibilização do procedimento permitem a construção da ação e do procedimento adequado à tutela do direito material no caso concreto (MARINONI, 2017, p. 31). Nesse sentido, destaca Dinamarco (2017, p. 127):

As hipóteses de tutela jurisdicional diferenciada são relacionadas com direitos aos quais o constituinte ou o legislador entendeu conveniente oferecer uma solução mais rápida, sendo por isso que se contenta muitas vezes com uma cognição sumária, sem exigir as delongas da cognição plena. A busca da tempestividade da tutela jurisdicional, integrante da garantia constitucional de acesso à justiça (Const., art. 5º, inc. XXXV - supra, nn. 28 e 29), é a razão que leva a lei a instituir esses instrumentos mais céleres e indicar as hipóteses em que cada espécie do processo é adequada.

Ao final desta exposição, portanto, é possível enxergar um esboço do quadro complexo que se desenha a respeito do novo Código de Processo Civil. Importa acima de tudo que fique registrado tratar-se de medidas mais desburocratizadas e flexíveis, com o intuito de alcançar resultados práticos mais efetivos para os jurisdicionados.

3.2 Institutos fundamentais do processo civil: Ação, processo e procedimento

Na praxe forense, confundem-se os institutos ação, processo e procedimento cotidianamente, aparecendo, não raras vezes, desviados de suas corretas acepções. Para tanto, a fim de compreender melhor cada um destes institutos essenciais do direito processual civil, destina-se os itens que seguem para um aprofundamento destes institutos.

3.2.1 Ação

Antes de adentrar propriamente na ação, é necessário explicar o que é a jurisdição. Privados os particulares de fazer atuar seus direitos subjetivos pelas próprias mãos, a ordem jurídica se viu obrigada a criar para os cidadãos um direito à tutela jurídica do Estado, que passou a dirimir os conflitos e decidir as controvérsias destes particulares. Por conseguinte, em decorrência dessa vedação de fazer “justiça pelas próprias mãos”, o Estado passou a deter não apenas o poder jurisdicional, mas também assumiu o dever de jurisdição. Nesse sentido, assinala Theodoro Jr. (2015, p. 171):

Como o Estado de Direito não tolera a justiça feita pelas próprias mãos dos interessados, caberá à parte deduzir em juízo a lide existente e requerer ao juiz que a solucione na forma da lei, fazendo, de tal maneira, a composição dos interesses conflitantes, uma vez que os respectivos titulares não encontraram um meio voluntário ou amistoso para harmonizá-los.

A jurisdição, portanto, consiste na função do Estado - juízes e tribunais de todo o território nacional - de declarar e realizar a vontade da lei diante de uma situação jurídica controvertida, isto é, trata-se de um instrumento de que o próprio direito dispõe para impor-se à obediência dos cidadãos, seja através da declaração de qual regra deve ser utilizada no caso concreto, ou aplicando medidas de reparação ou sanção previstas pelo direito. Contudo, a jurisdição não se efetiva enquanto não for provocada, uma vez que seu exercício depende da atuação de uma função denominada “ação”, que rompe a inércia do Estado.

A ação trata-se, portanto, de um direito fundamental de requerer a tutela jurisdicional ao Estado-juiz, rompendo a inércia do Poder Judiciário de atuar, ao longo do

processo, para obtenção daquele fim. É, portanto, um direito exercitável contra o Estrado, uma contrapartida da vedação de fazer “justiça pelas próprias mãos”, fazendo com que o Estado chame, para si, o dever de distribuir justiça, criando os mecanismos e as técnicas que garantam seu atingimento (BUENO, 2016, p. 73).

Essa ação é constituída por elementos que identificam a ação escolhida, o que é uma tarefa de suma importância quando se pretende comparar uma ação com outra. Isso porque, os fenômenos como a coisa julgada, litispendência e perempção, que serão tratados no próximo item, exigem a existência de ações idênticas, enquanto o fenômeno da conexão, continência e prejudicialidade, ocorrem quando as ações são parecidas. São, portanto, três os elementos da ação: partes, pedido e causa de pedir (NEVES, 2017, p. 136).

A parte, segundo *Liebmann*, é todo o sujeito que participa da relação jurídica processual em contraditório defendendo interesse próprio ou alheio (DINAMARCO, 2001, p. 249). Contudo, esse conceito de parte na lide não se confunde com o conceito de parte material, porquanto este último é o sujeito que participa da relação de direito material que constitui o objeto do processo. Assim, ainda que não seja titular da relação de direito material, mas participe do processo, o sujeito será considerado como parte processual, mesmo que seja ilegítima sua presença no processo (NEVES, 2017, p. 137).

Para se obter a qualidade de parte, o sujeito pode adquiri-la de quatro formas: (i) pelo ingresso da demanda, como autor ou oponente; (ii) pela citação, seja sendo réu, denunciado à lide ou chamado ao processo; (iii) de maneira voluntária, como assistente ou recurso de terceiro prejudicado; (iv) através da sucessão processual. Ainda, há a intervenção do Ministério Público como fiscal da lei, que intervém de forma voluntária vinculada, isto é, essa intervenção não é por mera vontade, e sim por vontade da lei, que demanda a sua participação (DINAMARCO, 2001, pp. 276-279).

No tocante ao pedido, segundo elemento da ação, ele poderá tanto ser analisado sob a ótica processual, representando a providência jurisdicional pretendida - condenação, constituição, declaração, acautelamento e satisfação - quanto pela ótica material, a qual é representada pelo bem da vida perseguida, ou seja, o resultado prático que o autor pretende obter com a demanda judicial. Em razão do pedido do réu ter natureza meramente declaratória negativa (inexistência do direito material alegado pelo autor), nem sempre a natureza da sentença será determinada pela natureza da ação, que é fixada

somente pelo pedido do autor. Isso significa que, quando o autor fizer pedido condenatório, a sentença terá natureza condenatória somente na hipótese de procedência do pedido, caso contrário, a sentença terá natureza meramente declaratória (NEVES, 2017, p. 138).

Antes de adentrar no último elemento da ação, que é a causa de pedir, é imprescindível aprofundar um pouco mais sobre o pedido e, especialmente, sobre a sua cumulação, haja vista que é disto que o presente trabalho se trata. Assim, importante mencionar que o pedido sempre deve ser certo e determinado, consoante disposição do art. 322, caput e art. 324, § 2º do Código de Processo Civil. E essa certeza é exigida tanto no pedido imediato, quando o autor indicar de forma clara qual a espécie de tutela jurisdicional pretendida, quanto no pedido mediato, que deve indicar o gênero do bem da vida pleiteado. Ressalta-se que o pedido incerto não é admitido no direito brasileiro pois ele impede, ou no mínimo dificulta, a defesa do réu e o próprio julgamento do mérito.

A determinação, por seu turno, se refere apenas ao pedido mediato, que significa a liquidez do pedido, isto é, a quantidade e a qualidade do bem da vida pretendido. Não obstante a regra seja a determinação do pedido, o Código de Processo Civil prevê, em seu art. 324 § 1º, em três incisos, exceções a essa exigência, permitindo ao autor formular um pedido genérico nas hipóteses de (i) universalidade de bens, (ii) demanda de indenização quando impossível a fixação do valor do dano e (iii) valor a depender de ato a ser praticado pelo réu. O pedido deve, ainda, ser expresso, de modo que não pode o juiz conceder aquilo que não tenha sido expressamente requerido pelo autor, sob pena de proferir sentença *extra petita* - conceder algo diferente do que foi pedido pelo autor- ou *ultra petita* - conceder algo além do que foi pedido pelo autor -, consoante o disposto no art. 492 do Código de Processo Civil (NEVES, 2017, p. 139).

Ainda sobre o pedido, em especial a respeito da sua cumulação, é possível analisá-lo através de dois temas principais: as espécies para a cumulação e os requisitos de cumulação. Primeiramente, em relação às espécies de cumulação, esta poderá ser própria, quando for possível a procedência simultânea de todos os pedidos, ou imprópria, quando formulado mais de um pedido, somente um deles puder ser concedido. A cumulação própria, ainda, poderá ser simples, quando os pedidos forem absolutamente independentes entre si, ou sucessiva, quando a análise do pedido posterior depender da procedência do pedido que lhe precede. Assim, na cumulação simples, o resultado de um pedido não interferirá no resultado dos demais, enquanto na sucessiva há uma relação de

prejudicialidade entre os pedidos de modo que, sendo o primeiro pedido rejeitado, o pedido posterior perderá o seu objeto (DIDIER JR., 2017, pp. 640-641).

Na cumulação imprópria, somente um dos pedidos cumulados poderá ser acolhido, tendo como espécies a cumulação subsidiária e a alternativa. A cumulação subsidiária consiste no autor estabelecer uma ordem de preferência entre os pedidos, explicitando na inicial que prefere o acolhimento do pedido anterior e, na eventualidade desse pedido ser rejeitado, ficará satisfeito com o acolhimento do pedido posterior. Ocorre a cumulação subsidiária, por exemplo, quando o autor pede a rescisão integral do contrato alegando ser abusivo e de forma subsidiária, quando da rejeição do primeiro pedido, requer a revisão de determinada cláusula do contrato. Por sua vez, a cumulação alternativa, prevista no parágrafo único do art. 326 do Código de Processo Civil, ocorre quando o autor cumula pedidos, mas não estabelece uma ordem de preferência entre eles, de maneira que a escolha do pedido acolhido fica a cargo do juiz (NEVES, 2017, p. 150).

No tocante aos requisitos para a cumulação de pedidos, a regra de ouro é que os pedidos não podem ser incompatíveis entre si, conforme art. 327 § 1º, I, do Código de Processo Civil. Em verdade, o problema não é a cumulação incompatível, mas a concessão de pedidos incompatíveis, de forma que nas espécies de cumulação imprópria, ou seja, subsidiária ou alternativa, que se caracterizam pela possibilidade de concessão de apenas um dos pedidos cumulados, não há problema na incompatibilidade dos pedidos. Assim, essa exigência de compatibilidade só é aplicável nas espécies de cumulação própria, quais sejam, a simples e a sucessiva (DIDIER JR., 2017, p. 647).

Além da necessidade dos pedidos serem compatíveis para sua cumulação, o juízo deve ser competente para todos os pedidos, consoante o disposto no art. 327 § 1º, II do Código de Processo Civil. Para tanto, deve ser analisado, num primeiro momento, a determinação de diferentes espécies de competências. Sendo de diferentes competências absolutas, a cumulação sempre será inadmissível, de forma que será obrigatória a propositura de diferentes demandas. Neste caso, caberá ao magistrado reconhecer de ofício a incompetência absoluta parcial, proferindo decisão que seguirá somente com o pedido para o qual o juízo é competente.

Por outro lado, tratando-se de pedidos de diferentes competências relativas, a cumulação dependerá da conexão entre os pedidos, porquanto a distribuição da demanda tornará o juízo prevento, com a modificação de competência quanto ao pedido

para o qual o juízo era originariamente incompetente em razão da conexão (NEVES, 2017, pp. 147-148).

Não bastante, o art. 327, § 1º, III do Código de Processo Civil exige que haja identidade procedimental entre os pedidos, a fim de cumulá-los. Dessa forma, havendo diversidade de procedimentos dos pedidos cumulados, o autor poderá cumulá-los pelo rito comum. Todavia, não se admite a cumulação de pedido de procedimento especial com outro de procedimento comum pelo rito comum, como no caso de pedido de prestação de contas e indenização de danos morais, que exigem a propositura de duas demandas, uma com procedimento especial e outra com procedimento comum (DIDIER JR., 2017, p. 648).

Essa obrigatoriedade, no entanto, não se aplica aos denominados *falsos procedimentos especiais*, que são aqueles que possuem um pequeno detalhe procedimental em seu início e depois se tornam comuns como ocorre, por exemplo, nas ações possessórias. Nestes casos, admite-se a cumulação do pedido falso procedimento especial com outro do procedimento comum, desde que ambos sigam o rito comum. No mais, é permitida a aplicação de técnicas processuais diferenciadas previstas nos procedimentos especiais a que se sujeitam um ou mais pedidos cumulados, novamente, desde que compatíveis com o procedimento comum (NEVES, 2017, p. 149).

Por fim, em relação a causa de pedir, último elemento da ação, equivale à exposição dos fatos e fundamentos jurídicos do pedido. Assim, a fim de demonstrar a incidência da hipótese normativa no suporte fático concreto, deverá o autor, em sua petição inicial, expondo o quadro fático necessário à obtenção do efeito jurídico perseguido. Tendo o Código de Processo Civil adotada a teoria da substancialização da causa de pedir, caberá ao demandante o ônus de indicar qual o fato jurídico e a relação jurídica dele decorrente que dão suporte ao seu pedido. Não basta, portanto, a indicação da relação jurídica, sem indicação do fato que lhe deu causa (DIDIER JR., 2017, pp. 622-623).

Não deve confundir, contudo, o fundamento jurídico com a fundamentação legal. Isso porque, o magistrado está limitado, na sua decisão, pelos fatos jurídicos expostos e pelo pedido formulado, mas não está limitado ao dispositivo legal invocado pelo demandante. Afinal, sua função é verificar se houve a subsunção do fato à norma, podendo, inclusive, se basear em norma distinta da invocada, desde que preservados o direito afirmado e o pedido formulado, bem como observados o disposto no art.10 quanto à consulta às partes. Por tais razões, a fundamentação legal, ao contrário do fundamento

jurídico, é dispensável, consoante enunciado n. 281 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (DIDIER JR., 2017, p. 624).

Conclui-se, quanto à ação, portanto, que a jurisdição somente se exerce através da provocação, motivo pelo qual o ordenamento jurídico confere a todos os cidadãos o direito de invocá-la, através de uma ação judicial. E como a demanda introduz a existência de, pelo menos, uma relação jurídica, é fundamental que estejam presentes na petição inicial os elementos que compõem tal relação, isto é, as partes, pedido e causa de pedir.

3.2.2 Processo

Extrai-se do item anterior que o exercício da ação, através da demanda, faz surgir não apenas uma, mas diversas relações que unem determinadas pessoas num vínculo conduzido pelo direito. Desta relação jurídica resultante da ação, nasce o processo, que é a soma de todos os atos ordenados e sucessivos para fazer atuar a jurisdição, sendo um método de exercício da função jurisdicional pelo Estado-juiz. Tal como a ação, o processo deverá ser instaurado por iniciativa da parte demandante, uma vez que a jurisdição impescinde de provocação, que reclamará a prestação jurisdicional, se desenvolvendo pelo interesse social na prevenção ou composição da lide (BERMUDES, 2019, p. 68).

Pioneiro da visão do processo como relação jurídica, *Oskar von Büllow*, concluiu que o processo se tratava de relação jurídica de direito público trilateral, envolvendo o magistrado, o autor e o réu, que, como toda relação jurídica, possui diversos elos entre seus participantes, geralmente identificados pelas noções de ônus, deveres, direitos, faculdades, obrigações e sujeições. Não bastante, *Büllow* foi o primeiro a verificar, com clareza, algo que é essencial ao processo: seu caráter público. Isso porque enxergou o processo não como uma relação bilateral, como em um contrato ou obrigação tributária, mas como relação trilateral, que é o que distingue, com nitidez, o processo das demais relações jurídicas. (BUENO, 2016, p. 76).

E sendo uma relação jurídica, depreende-se que o processo certamente é imaterial, muito embora seja utilizado este vocábulo equivocadamente como sinônimo de *autos*, que consiste no registro dos atos constitutivos da relação processual - não

necessariamente gráficos, em razão do advento do processo eletrônico - seja por escrito ou arquivados num sistema binário, quando eletrônico (BERMUDES, 2019, p. 68; DONIZETTI, 2017, p. 192).

Além de identificar o processo como relação jurídica, *Billow* constatou a existência de exigências que possibilitam ou impedem o surgimento de uma relação jurídica válida e seu desenvolvimento imune aos vícios que possam nulificá-las, no todo ou em parte, ou seja, são relativos à existência ou à validade do processo. Tais requisitos são denominados de pressupostos processuais, que são elementos que devem estar presentes - ou não, quando houver pressuposto negativo - no processo, sob pena de comprometer o desenvolvimento processual. Tais pressupostos podem ser classificados em pressupostos processuais de validade, existência e negativos (BUENO, 2016, p.77; DONIZETTI, 2017, p. 200).

São pressupostos de existência do processo: (i) provocação inicial, afinal, como a jurisdição é inerte, ela precisa ser provocada; (ii) jurisdição, pois, para existir juridicamente o processo, é necessário que algum órgão jurisdicional seja provocado e (iii) citação, em razão do princípio constitucional do contraditório, o qual determina que o réu seja citado para participar do processo, viabilizando, assim, sua existência com relação trilateral entre magistrado, autor e réu (BUENO, 2016, p. 78).

Os pressupostos de validade do processo são: (i) aptidão da provocação inicial, ou seja, a petição inicial, que inaugura a provocação e rompe a inércia da jurisdição, deve atender os requisitos mínimos exigidos pela lei processual civil; (ii) competência do juízo, sendo necessário verificar se o órgão jurisdicional perante o qual se pretende ver prestada a tutela jurisdicional tem competência absoluta para atuar naquele caso; (iii) imparcialidade do juiz que, além da competência do órgão jurisdicional, não deve ter nenhum interesse na resolução do litígio, isto é, que não seja impedido ou suspeito; (iv) capacidade de ser parte e capacidade de estar em juízo, que é a legitimação processual, dizendo respeito à regularidade de atuação das partes em juízo; (v) capacidade postulatória, ou seja, a necessidade de assistência técnica de um profissional do direito e (vi) citação válida, que deverá observar as exigências mínimas feitas pela lei. (BUENO, 2016, p. 78)

Por sua vez, os pressupostos negativos são: (i) litispendência, que é a concomitância de duas ações idênticas; (ii) coisa julgada, ou seja, a sucessão de duas ações idênticas, sendo uma já definitivamente julgada, cuja decisão é imutável; (iii) preempção,

que é a inviabilidade de provocar a jurisdição pela quarta vez, depois de ter havido três provocações anteriores repelidas pela falta da prática de atos de responsabilidade do autor; (iv) convenção de arbitragem, que é a existência de um acordo entre as partes que inibe a atuação do Estado-juiz em prol do juízo arbitral e (v) falta de caução ou outra prestação exigida pela lei, no casos em que a lei exige que uma das partes faça depósito ou tome providência que viabilize seu ingresso em juízo e a sua falta acarreta a inviabilidade de desenvolvimento do processo. (BUENO, 2016, p. 78)

Depreende-se, portanto, que o processo é uma relação de direito público trilateral, constituída pelo autor, réu e Estado-juiz, a qual necessita da presença de alguns componentes, pressupostos de existência e validade, bem com a ausência de outros, pressupostos negativos, para que o magistrado reconheça a quem a tutela jurisdicional deve ser prestada, isto é, profira sentença de mérito.

3.2.3 Procedimento

Enquanto o processo representa o método, ou seja, o sistema de compor a lide em juízo através de uma relação jurídica vinculada de direito público, chama-se procedimento o modo pelo qual o processo se desenvolve e a forma como os atos no processo se movem. A diferença entre processo e procedimento, portanto, reside no fato de que o processo é o conjunto de todos os atos constitutivos da relação jurídica destinada ao exercício da jurisdição, isto é, trata-se de noção estática, ao passo que o procedimento é a ordem ou a maneira de se sucederem os atos processuais, que remete a uma ideia dinâmica. (PIMENTEL, 1979, pp.8 a 14).

Não sendo único o processo, porquanto, em determinados casos e circunstâncias, o ordenamento jurídico permite a auto composição e autotutela, bem como se submete a uma única forma, o processo exterioriza-se de diversas maneiras conforme as particularidades da pretensão do autor e da defesa do réu. Por exemplo, uma ação de cobrança não se desenvolve como um inventário ou uma possessória.

Esse modo próprio de desenvolvimento do processo, consoante as exigências de cada caso, é denominada de procedimento. E é o procedimento que dá exterioridade ao processo, revelando-lhe a forma com que vai atingir o escopo da tutela

jurisdicional. É o procedimento, portanto, que nas diversas demandas, define e ordena os diversos atos processuais necessários (THEODORO JR., 2015, p. 226).

Conclui-se, dessa forma, que o procedimento é sinônimo de rito do processo, ou seja, o modo e a forma por que se movem os atos no processo, como ele se desenvolve, a sua dinâmica, a maneira pelo qual o processo se instaura, prossegue e se extingue. Portanto, enquanto o processo constitui o instrumento para a realização da justiça, o procedimento constitui a exteriorização do processo. (BERMUDES, 2019, p. 115).

Diante da importância da classificação procedimental para o presente trabalho, este tópico merecerá análise apartada, no próximo item.

3.3 Procedimento comum e especial

O novo Código de Processo Civil, assim como seus antecessores, previu, em matéria de processo de conhecimento, um procedimento comum (Livro I, Título I, da Parte Especial) e diversos procedimentos especiais (Livro I, Título III, da Parte Especial).

Resta, agora, analisar esses ritos, comum e especial, nos itens que seguem.

3.3.1 Procedimento Comum

O procedimento comum é o padrão, aquele que se aplica a todas as causas para as quais a legislação processual não tenha instituído um rito próprio e específico, bem como se aplica, subsidiariamente, aos procedimentos especiais e ao processo de execução, consoante art. 318, *caput* e parágrafo único do Código de Processo Civil. Percebe-se, portanto, que o procedimento comum é adaptável, maleável, flexível, e receptivo à incorporação de técnicas diferenciadas criadas para os procedimentos especiais (DIDIER, 2018, p. 70).

O procedimento comum é dividido em fases, que podem comportar a divisão em subfases. A primeira fase denomina-se “fase de conhecimento”, que objetiva preparar e produzir julgamentos de mérito. Dentro dessa fase, estão quatro subfases:

postulatória, saneadora, instrutória e decisória (DINAMARCO, 2017, p. 131).

Inicia-se a subfase postulatória pela petição inicial escrita, que deverá preencher os requisitos previstos nos arts. 319 e 320 do Código de Processo Civil, podendo o magistrado deferi-la, ordenando a citação do réu, conforme artigo 334 do mesmo diploma, ou determinar, antes disso, a sua emenda, com fundamento no art. 321. Indeferida a petição inicial, nos casos previstos no art. 330, o magistrado proferirá sentença meramente terminativa, com fundamento nos artigos 203, §1º e 485, I do Código de Processo Civil, o que dará lugar ao recurso de apelação, previsto no art. 1.009 do mesmo diploma, permitida a revisão da sentença pelo próprio juiz, consoante dispõe o art. 331 (BERMUDES, 2019, p. 117).

Citado o(s) réu(s), bem como comparecendo espontaneamente, nos termos do art. 239, §1º, o réu responderá, em 15 dias, conforme art. 335, através da contestação. Tal defesa é regulada pelos artigos 336 a 341 do Código de Processo Civil, e representa ao ato de defesa do réu, no qual ele deverá alegar todas as matérias com que impugna o pedido do (s) autor (es). Citado, e não apresentando contestação, ocorrerá a revelia do requerido, que efeitos de se reputarem verdadeiros os fatos afirmados pelo autor, conforme art. 344 do Código de Processo Civil. Importante mencionar que a revelia não acarreta, necessariamente, a procedência dos pedidos iniciais, tampouco impede o réu de intervir no processo a qualquer tempo.

Após, inicia-se a subfase saneadora, oportunidade em que o juiz passará às providências preliminares. Nesse momento, o juiz oportunizará às partes que especifiquem as provas que pretendem produzir (art. 348). Na hipótese do réu reconhecer o fato sobre o qual se funda a ação, apresentar novos documentos ou, ainda, opuser impeditivo, modificativo ou extintivo, o juiz deverá ouvir o autor em réplica, no prazo de 15 dias, consoante art. 350 e 437 §1º do Código de Processo Civil. Eventuais irregularidades e nulidades sanáveis deverão ser sanadas pela parte neste momento, a mando do juiz, conforme art. 351 do mesmo diploma legal. Por fim, superadas as etapas das providências preliminares, passa-se à subfase instrutória (BERMUDES, 2019, p. 118).

Saneado o processo, prosseguirá o processo com a realização de provas e oferecimento de alegações finais pelas partes. Durante a subfase instrutória, a produção de provas se dará através de perícia judicial, inquirição de testemunhas, depoimento pessoal das partes etc. Em relação às provas documentais, estas já teriam sido produzidas

anteriormente, seja na petição inicial, seja na contestação, ou em qualquer outro momento oportuno, quando admissível (DINAMARCO, 2017, p. 135).

A subfase decisória, por fim, corresponde ao ato judicial que põe fim à fase cognitiva do processo judicial, resolvendo o litígio retratado na petição inicial ou abstendo-se de solucioná-lo quando faltarem os pressupostos ou condições necessárias ao provimento do mérito (THEODORO JR., 2016, p. 1.305).

3.3.2 Procedimento Especial

Disciplinados no Título III do Livro I da parte especial do Código de Processo Civil, os procedimentos especiais são denominados “especiais” porquanto constituídos para servir uma situação jurídica material específica. São, portanto, variantes do procedimento comum que, em razão das peculiaridades do direito material envolvido e, até mesmo por razões históricas, levaram ao legislador à necessidade de alterar o procedimento padrão (BUENO, 2016, p. 527).

Por tais razões, os procedimentos especiais são utilizados para viabilizar uma prestação de tutela jurisdicional mais adequada, específica e eficiente, garantindo maior efetividade do direito material através do processo. E desse elo entre direito material e direito processual, inerentes aos procedimentos especiais, é que decorre o uso de expressões como, por exemplo, “ação de consignação” ou “ação monitória”, denotando a reminiscência do anacrônico e superado conceito civilístico de ação, segundo o qual a cada direito material corresponderia uma ação para protegê-lo, na eventualidade de sua violação (THEODORO JR., 2016, p. 38).

Não obstante haja exceções, alguns procedimentos especiais não possibilitam ao autor optar pelo procedimento de sua preferência quando estiver em jogo a aplicação de um procedimento especial ou do comum, pois, nos casos dos procedimentos especiais obrigatórios ou inderrogáveis, estes foram criados com o objetivo de atender o interesse público ou tutelar uma situação material extremamente peculiar, o que ocorre, por exemplo, nas ações de controle concentrado de constitucionalidade das leis e ações de inventário e partilha.

Uma vez que a determinação do procedimento adequado constitui ditame

de ordem pública, o desatendimento dessa exigência vicia a propositura da demanda, impedindo a sua apreciação. Nestes casos, em que há escolha de procedimento inadequado e inadaptável para o caso, deverá o juiz indeferir a petição inicial, conforme dispõe o art. 327, §2º do Código de Processo Civil (DINAMARCO, 2017, p. 128)

No entanto, nem todos os procedimentos especiais exigem a obrigatoriedade do procedimento especial, eis que não possuem essas peculiaridades do direito material e processual, porquanto foram criados apenas como uma alternativa de tutela diferenciada ao autor, que se valerá destes conforme sua conveniência. Tais procedimentos são chamados de “não obrigatórios” ou “opcionais”, porque facultam ao autor a optar pelas vias ordinárias e, assim, renunciar aos benefícios do procedimento especial que não puderem ser inseridos no procedimento comum. São procedimentos especiais opcionais o mandado de segurança, as ações possessórias, a ação de consignação em pagamento, os Juizados Especiais Cíveis e a ação monitória (DIDIER, 2018, p. 41)

Importante mencionar que, nos procedimentos opcionais, ao contrário dos ritos especiais obrigatórios, será aplicada a conversibilidade do procedimento comum na hipótese de cumulação de pedidos, prevista no art. 327 §2º do Código de Processo Civil, isto é, quando houverem pedidos correspondentes a procedimentos diversos, será admitida a cumulação desde que o autor opte pelo procedimento comum, podendo empregar as técnicas processuais diferenciadas previstas no rito especial a que se sujeitam um ou mais pedidos cumulados (DIDIER, 2018, p. 41).

Dentre as técnicas processuais diferenciadas, os procedimentos especiais costumam se inspirar na simplificação e agilização dos trâmites processuais, seja através da redução de prazos, das liminares antecipatórias de efeitos da tutela ou eliminação de atos desnecessários. Ainda, os procedimentos especiais delimitam os temas que se podem deduzir na inicial e na contestação, bem como explicitam os requisitos materiais e processuais para que o rito especial seja eficazmente utilizado (THEODORO JR., 2016, p.39).

Não estando o pedido previsto para algum procedimento especial, somente pelo procedimento comum haverá de ser processado em juízo. Noutras palavras, os procedimentos especiais somente poderão ser utilizados nas hipóteses especificamente delimitadas pela lei, de forma que as partes não podem desviá-los para litígios estranhos à previsão legal (THEODORO JR., 2016, p. 42).

Como desdobramento do princípio da legalidade, os procedimentos especiais fundamentam-se, também, no princípio da taxatividade ou tipicidade fechada. Este fundamento reside no fato de que, como os procedimentos especiais são decorrentes de normas jurídicas específicas e especiais, não podem ser aplicados analogicamente, em situações não previstas expressamente fora daqueles tipos previstos na legislação. Assim, se o caso concreto subsumido na hipótese normativa, a parte deve valer-se do procedimento comum (DIDIER, 2018, p. 348).

No tocante à classificação, os procedimentos especiais dividem-se em “procedimentos especiais contenciosos” e “procedimentos especiais de jurisdição voluntária”. Os primeiros são aqueles em que há uma atividade estatal em busca da solução jurídica a ser imposta na solução de situações litigiosas, enquanto o segundo, ocorre quando o Estado atua como mero chancelador da vontade das partes (THEODORO JR., 2016, pp. 35-36).

Nesse sentido, são disciplinados, como de jurisdição voluntária, os seguintes procedimentos: (i) notificação e interpelação; (ii) alienação judicial; (iii) divórcio e separação consensuais, extinção consensual de união estável e alteração do regime de bens do matrimônio; (iv) testamentos e codicilos; (v) herança jacente; (vi) bens dos ausentes; (vii) coisas vagas; (viii) interdição; (ix) disposições comuns à tutela e à curatela; (x) organização e fiscalização das fundações e (xi) ratificação dos protestos marítimos e dos processos testemunháveis formados a bordo (BUENO, 2016, p. 529).

Por sua vez, constituem procedimentos especiais de jurisdição contenciosa, os seguintes procedimentos: (i) ação de consignação em pagamento; (ii) ação de exigir contas; (iii) ações possessórias; (iv) ação de divisão e de demarcação de terras particulares; (v) ação de dissolução parcial de sociedade; (vi) inventário e partilha; (vii) embargos de terceiro; (viii) oposição; (ix) habilitação; (x) ações de família; (xi) ação monitória; (xii) homologação de penhor legal; (xiii) regulação de avaria grossa e (xiv) restauração de autos (BUENO, 2016, p. 528).

Apesar de extenso, o rol de procedimentos especiais previstos no Código de Processo Civil não esgota o assunto, existindo diversos procedimentos especiais dispersos na legislação extravagante. Dentre eles, destacam-se as “ações de locação de imóveis urbanos”, regido pela Lei n. 8.245/1991, que refere-se ao despejo e à revisão de aluguéis e renovação de locação, o mandado de segurança, previsto na Lei n. 12.0166/2009,

a ação de alimentos, regida pela Lei n. 5.478/1968 e a ação de improbidade administrativa, prevista na Lei n. 8.429/1992 (BUENO, 2016, p. 529).

Tecidas as considerações acerca dos procedimentos especiais, o objetivo do próximo capítulo é adentrar nas ações possessórias e, a partir delas, demonstrar que é plenamente possível a cumulação do pedido possessório com o desfazimento de construções e plantações, dentro do novo sistema proporcionado pelo Código de Processo Civil.

4. A CUMULAÇÃO DE PEDIDOS NAS AÇÕES POSSESSÓRIAS

Numa tentativa imanentista de unir os capítulos I e II, direito material e processual, intencionalmente nomeados de posse e processo, surge o capítulo III, que abrange as ações possessórias e discute acerca da possibilidade ou não da cumulação dos pedidos possessório e desfazimento de plantações e construções realizadas em detrimento de sua posse.

Com o advento do Novo Código de Processo Civil, o artigo 921, inciso III do Código de Processo Civil de 1973, que permitia ao autor cumular o pedido possessório aos pedidos de desfazimento de construção ou plantação feita em detrimento de sua posse, teve sua redação suprimida, avivando a discussão acerca da possibilidade ou não da cumulação desses pedidos dentro do procedimento especial e, em caso negativo, como poderia o autor pleitear o desfazimento das acessões em juízo.

Por tais razões, propõe-se aqui uma análise das adições e supressões do artigo 921, atual art. 555, à luz da nova sistemática do Código de Processo Civil de 2015, no tocante à cumulação de pedidos possessório e de desfazimento de plantações e construções, pelos motivos que serão expostos adiante.

4.1 Ações possessórias

Delimitadas a posse, seus modos de perda e aquisição e, no campo processual, a ação, o processo e o procedimento especial, passa-se à análise das ações possessórias. Extraí-se do primeiro capítulo que, muito embora a posse seja uma situação de fato, é assegurada sua proteção legal, porquanto trata-se de componente da estabilidade social. Por tais razões, dispõe o artigo 1.210 do Código Civil que “o possuidor tem direito a ser mantido na posse, em caso de turbacão, restituído, no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado”, afinal, uma vez que o ordenamento jurídico protege a ordem da paz, deve garantir o direito de ação contra a turbacão e a privacão da posse (THEODORO JR., 2016, pp. 122-123).

E sendo a posse um componente da estabilidade social, se a posse mudar de titular, referida mudacão não pode resultar em desequilíbrio social e perturbacão da

ordem, isto é, a passagem da posse de um para outro titular deverá ocorrer sem quebra da harmonia social. Assim, o juízo possessório não deve ser visto apenas sob o ângulo da tutela da posse, mas, principalmente, do interesse estatal na repressão ao esbulho, eis que se trata de manifestação de ruptura do equilíbrio social e ameaça à ordem jurídica (CUNHA CAMPOS, p. 14).

Ihering, contudo, criticou a tutela da posse como instrumento de paz social² e harmonia da ordem jurídica. Para ele, a proteção possessória residia na proteção da propriedade em sua aparência imediata, uma vez que a posse seria a exteriorização da propriedade. Ocorre que a explicação de Ihering não satisfaz filosoficamente, porquanto o direito admite que o possuidor faça prevalecer sua posse inclusive em face do proprietário, quando este seja o autor do esbulho ou turbação (THEODORO JR., 2016, p. 123).

Para Savigny, como a posse não é um direito, a ofensa que se lhe faça não é, em regra, uma violação de direito. Para ele, a violação a direito só ocorrerá quando se violar, de uma só vez, a posse e algum direito. Quando se ofende a posse, há violência e, na sua lógica, toda violência, com efeito, é contrária ao direito, e é contra essa ilegalidade que se dirige o interdito. Daí se justifica a proteção possessória, em razão da ofensa à posse equivaler a uma violência (THEODORO JR., 2016, p. 123).

Desse modo, não há outra explicação filosófica da posse, senão um fenômeno social, devidamente protegida por lei, porque assim exige a paz social, residindo sua proteção no interesse da sociedade e da paz em geral contra a realização do direito pelas próprias mãos. Tecidas essas considerações acerca da posse, passar-se-á à análise das ações possessórias nos itens que seguem.

4.1.1 Espécies

A tutela possessória se desenvolve através de três espécies de interditos possessórios típicos: a manutenção de posse, a reintegração de posse e o interdito proibitório. Estes são considerados típicos, pois outros procedimentos também podem ser utilizados na defesa da posse como, por exemplo, os embargos de terceiro (arts. 674 a 681

²Ao lado da ordem jurídica existe a ordem de paz, que, por muitos anos tem se confundido, ainda que o direito representar o movimento e a paz representar tranquilidade. Essa ordem de paz pertence a posse, que é um instituto social, e não se regula pelos princípios do direito individualista. Daí decorre a ideia de paz social.

do Código de Processo Civil), que, no entanto, não são exclusivamente voltados para a tutela possessória, porquanto a ofensa deriva de ato judicial. De todo modo, a existência de três interditos diferentes reside na necessidade de adequação judicial de tutela possessória a três diferentes hipóteses de violação da posse (THEODORO JR., 2016, p. 134).

Antes de adentrar propriamente nas espécies dos interditos possessórios, é necessário retomar os conceitos de esbulho e turbação expostos no primeiro capítulo. Ocorre a turbação quando, apesar de continuar possuindo a coisa, o possuidor perde parte do poder sobre ela. Ainda, os atos da turbação podem ser tanto positivos, através do corte de árvores ou implantação de marcos, quanto negativos, quando o turbador impedir o possuidor de praticar determinados atos (GOMES, 2005, p.95).

O esbulho, por sua vez, caracteriza-se quando o possuidor for desapossado por terceiro, de modo a perder a disponibilidade sobre a coisa. Importante mencionar que é perfeitamente possível que a perda da disponibilidade da coisa seja parcial, o que continua caracterizando o esbulho e não a turbação. Isso porque a diferença entre as duas reside justamente na possibilidade de o possuidor continuar exercendo seu direito ou não (DONIZETTI, 2017, p. 963). Traçadas as distinções entre esbulho e turbação, passa-se à análise dos interditos.

A ação de reintegração visa a restituição do possuidor em sua posse, nos casos de esbulho, ou seja, quando houver injusta e total privação da posse. Nesse sentido, é necessário rememorar o capítulo I em relação à perda da posse, para identificar se, no caso concreto, houve efetivamente a sua perda. Conforme dispõe o art. 1.224 do Código Civil, “só se considera perdida a posse para quem não presenciou o esbulho, quando, tendo notícia dele, se abstém de retornar a coisa, ou, tentando recuperá-la, é violentamente repellido”. Assim, essa perda total da posse pode decorrer de violência sobre a coisa de modo a tirá-la do poder de quem a possuía até então; do constrangimento suportado pelo possuidor, diante do fundado temor de violência iminente; de ato clandestino ou de abuso de confiança (THEODORO JR., 2016, p. 135).

Por sua vez, a ação de manutenção de posse (*interdicta retinendae possessionis*, no direito romano) destina-se a proteger o possuidor contra atos de turbação da posse. A distinção entre a ação de reintegração e ação de manutenção reside na intensidade da agressão à posse, bem como na possibilidade do possuidor continuar exercendo seu direito ou não. Para que alguém possa pedir a reintegração da posse deve ter

ocorrido a perda da posse (esbulho), enquanto para que se possa exigir a manutenção da posse, é necessário apenas o incômodo no exercício da posse (turbação) (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 115).

O interdito proibitório, por seu turno, trata-se de proteção possessória preventiva, sendo concedido para que não se dê o atentado à posse, mediante ordem judicial proibitória, na qual constará cominação de pena pecuniária para a hipótese de transgressão do preceito, conforme o disposto no art. 567 do Código de Processo Civil. Neste caso, deverá o autor provar na petição inicial a probabilidade de agressão iminente à posse, a fim de impedi-la (THEODORO JR., 2016, p. 135).

O interdito proibitório busca com a demanda judicial evitar a prática do ato ilícito consubstanciado no esbulho ou na turbação possessória. Ademais, não há especialidade procedimental no interdito proibitório, porquanto aplica-se nessa espécie de demanda subsidiariamente os regramentos procedimentais das ações de reintegração e manutenção de posse, consoante art. 568 do Código de Processo Civil (NEVES, 2017, pp. 946-947).

Vale destacar, contudo, que no caso concreto nem sempre é fácil de diferenciar a turbação do esbulho, já que existem situações em que há proximidade entre os dois. Por tal razão, o Código de Processo Civil autoriza o princípio da fungibilidade dos interditos, em seu art. 554, *caput*, segundo o qual “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 àqueles cujos pressupostos estejam provados” (FABRÍCIO, 1984, p. 428). Nesse sentido, pleiteada equivocadamente a manutenção de posse, poderá ser concedida tutela da reintegração, se essa for a proteção adequada.

Por tais razões, o autor não é obrigado a especificar na petição inicial a espécie de tutela possessória requerida, sobretudo quando houver dúvida a respeito. Basta, portanto, a correta narrativa dos fatos e dos fundamentos jurídicos e o pedido de proteção possessória, este indispensável (NEVES, 2017, p. 937).

Existem, ainda, outros litígios que envolvem a proteção à posse sem que se possa cogitar o esbulho, a turbação ou a ameaça, mas a existência de uma relação jurídica que autoriza a tutela possessória. Para estes casos, o ordenamento jurídico oferece formas diferenciadas de tutela, sendo elas a ação de imissão na posse, ação reivindicatória, embargos de terceiro e ação de despejo.

A ação de imissão na posse tem natureza petítória e visa a proteção da posse daquele que adquire a propriedade, mas, em virtude da recalcitrância do alienante, não consegue se investir na posse. Neste caso, o proprietário invocará o *ius possidendi*, ou seja, o direito de posse decorrente da propriedade. Assim como a imissão na posse, a ação reivindicatória também possui natureza petítória, constituindo meio idôneo para que o proprietário invoque seu direito à posse. A diferença entre elas reside no fato de que, enquanto na ação reivindicatória busca-se recuperar a posse, na ação de imissão tenciona-se a investidura inicial. Vê-se que é facultado ao proprietário ingressar com ação possessória, alegando o esbulho, ou com ação reivindicatória, para recuperar uma das faculdades inerentes ao seu domínio (DONIZETTI, 2017, p. 967).

Outra ação possessória atípica são os embargos de terceiro que, ao contrário da lide possessória, não se dá contra o ato de esbulho ou turbação em si, mas contra uma relação ao reconhecimento judicial de que o bem constricto estaria na esfera patrimonial de responsabilidade do devedor. Por fim, na ação de despejo, busca-se a extinção do contrato, sendo a recuperação da posse uma mera consequência da dissolução do vínculo locatício (DONIZETTI, 2017, p. 967).

4.1.2 Requisitos

Não basta a identificação das ações possessórias, é imprescindível saber quando houve efetivamente a perda da posse. Como visto, a posse não é meramente uma situação passageira, mas traz uma qualidade de fenômeno duradouro ou de fato continuado, que ocupa necessariamente lugar no espaço e no tempo. Não obstante, a posse enseja do seu titular uma certa atividade a fim de manter a continuidade das coisas, para seu aproveitamento econômico, seja em prol da coletividade ou de outro interesse legítimo. Assim, a passividade do possuidor, bem como sua atividade insuficiente para manutenção e continuidade da sua posse, acarretam a extinção da posse (THEODORO JR., 2016, p. 125).

Nesse sentido, dispõe o art. 1.224 do Código Civil que só ocorre a perda da posse para aquele não presenciou o esbulho, quando, tendo notícia dele, se abstém de retornar a coisa, ou, tentando recuperá-la, é violentamente repellido. Percebe-se que os atos clandestinos praticados na ausência do possuidor não são suficientes para a perda da posse,

mas somente quando há abandono ou violência impeditiva quando da sua recuperação (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 700).

Importante destacar que apenas a posse justa desfruta da proteção das ações possessórias. Assim, a posse viciada ou injusta não autoriza a proteção possessória, tampouco conduz à usucapião. Contudo, como já se demonstrou no capítulo I, é sabido que os vícios são passíveis de purgação, consoante art. 1.208 do Código Civil, de modo que, uma vez cessada a violência ou clandestinidade, a posse deixa de ser viciada e torna-se útil, tanto para a tutela prescricional como para a interdital (THEODORO JR., 2016, p, 132).

Ressalta-se que a posse injusta não equivale à posse de má-fé. Isso porque a posse de má-fé, conforme exposto no capítulo I, ocorre em relação àquele que retém a coisa ciente de que não lhe assiste o direito de fazê-lo. Essa classificação da posse como boa-fé e má-fé interessa, especialmente, aos efeitos que produz em relação aos frutos e rendimentos auferidos pelo possuidor durante o tempo em que reteve a coisa. Já a posse injusta é aquela adquirida por meio de violência, clandestinidade ou precariedade, o que não se confunde com posse de má-fé (THEODORO JR., 2016, p. 162).

Além disso, para merecer a tutela jurídica, a posse deve ser pública e contínua, porquanto situação de fato concretamente demonstrável. A ausência de publicidade e a descontinuidade da posse são fatos que a descaracterizam, tratando-se de vícios absolutos mas temporários, de forma que, assim como a clandestinidade e a violência, podem vir a desaparecer, fazendo surgir uma posse justa (GOMES, 1958, pp. 53-54).

4.1.3 Petição Inicial

No tocante à legitimidade ativa das ações possessórias, atribui-se esta ao possuidor da coisa, seja ele possuidor direto ou indireto. Já no polo passivo da ação possessória, por lógica, deverá figurar aquele quem praticou o esbulho, a turbação ou a ameaça, mesmo que também seja possuidor da coisa. Assim, é perfeitamente possível que o possuidor direto mova a ação possessória em face do possuidor indireto, ou vice-versa (DONIZETTI, 2017, p. 970).

Em relação à petição inicial, além de obedecer aos requisitos essenciais

estipulados nos arts. 319 e 320 do Código de Processo Civil, deverá o autor noticiar a sua posse anterior. Isso porque, em não havendo ofensa à posse como estado fático, não há que se falar em pretensão de tutela, eis que haveria ausência de interesse processual. No caso, a posse não deverá ser comprovada através de títulos de domínio, mas sim com documentos que demonstrem o poder fático sobre a coisa, de forma a dar-lhe uma destinação socioeconômica, como, por exemplo, contas de luz, correspondências, fotografias ou, ainda, através de prova oral.

Narra-se na peça inicial, também, a ofensa perpetrada pelo réu, quais sejam, a ameaça, a turbacão ou o esbulho. Diante da linha tênue entre essas figuras, já expostas no item anterior, convém repisar o princípio da fungibilidade dos interditos e, por consequência, a desnecessidade de especificação da tutela possessória requerida, bastando a correta narrativa dos fatos demonstrando que a posse anterior foi molestada.

Por fim, cabe ao autor indicar a data em que foi levado a efeito o ato espoliativo, eis que tais dados determinarão se o procedimento a ser utilizado será o comum ou o especial. Por se tratar de matéria exclusivamente fática, há certa dificuldade de comprovação mas, em regra, a prova é feita mediante declarações de vizinhos ou boletins de ocorrência. Caso não haja prova, na inicial, acerca da ocorrência do esbulho há menos de ano e dia, será designada audiência de justificacão a fim de apurar a data em que ocorreu o ato espoliativo (DONIZETTI, 2017, pp. 972-973).

4.1.4 Procedimento Possessório

Inicialmente, para determinar o procedimento utilizado na açao possessória, é necessário especificar, na petição inicial, a data da turbacão ou esbulho, classificando-a se será açao de força velha ou açao de força nova. A açao de força nova, como visto, é de procedimento especial, enquanto a açao de força velha observa o rito comum, conforme artigo 558 do Código de Processo Civil. A diferença de rito, contudo, é mínima, ficando adstrita à forma de obter-se a medida liminar de manutençao ou reintegracão de posse em favor do autor pois, a partir da contestacão, a açao de força nova também seguirá o procedimento comum (THEODORO JR., 2016, p. 138).

Desse modo, conclui-se que o procedimento especial possessório previsto

nos arts. 560 a 566 do Novo Código de Processo Civil limita-se apenas às ações possessórias de posse nova, isto é, que tenham como objeto uma ofensa à posse que tenha decorrido dentro do lapso temporal de ano e dia da propositura do processo (NEVES, 2017, p. 942).

Importante lembrar que a alteração do rito não modifica a natureza do interdito, já que a ação continuará com caráter possessório, ou seja, para a apuração da posse do autor, da turbação ou esbulho atribuído ao réu, bem como a data em que se deu a moléstia à posse. Conforme explicitado no capítulo I, há diferenças entre posse nova ou velha e ação de posse e nova ou velha: enquanto a primeira indica se a posse data ou não mais de um ano e dia, a segunda indica o lapso temporal entre a data da ofensa à posse e a propositura da ação. No caso, para definir o procedimento possessório pouco importa se a posse do autor é nova ou velha, pois a relevância para tal fim reside na data da ofensa, e não no tempo de posse do autor (DONIZETTI, 2017, p. 974).

No tocante à decisão liminar, em se tratando de ação de força nova, a reintegração liminar independerá de comprovação do requisito do *periculum in mora*, exigível nas tutelas urgentes em geral. Assim, se o possuidor demonstrar o esbulho recente, a liminar terá de ser-lhe prontamente concedida. Na ação de força velha, ainda será possível obter-se medida liminar, mas o possuidor terá que se sujeitar aos requisitos da antecipação da tutela de urgência previstos no art. 300 do Código de Processo Civil. Resolvido o problema da liminar, com ou sem deferimento, o processo possessório prossegue identicamente ao procedimento comum (THEODORO JR., 2016, pp. 140-141).

Sobre a tutela possessória, preleciona Marinoni (2017, p. 710):

Como é evidente, o direito à tutela possessória não perde o seu conteúdo pelo fato de ter passado o prazo de ano e dia. O que varia, conforme tenha ou não passado ano e dia, é o procedimento, ou melhor, são as técnicas processuais cabíveis para tutela do direito à posse. Atualmente, o que varia é apenas o emprego da técnica antecipatória que, quando passado ano e dia, exige, além dos requisitos do art. 561, CPC, a demonstração de uma situação de urgência.

Em síntese, a concessão de liminar nas ações possessórias tem claramente natureza satisfativa, e não cautelar, eis que não se busca resguardar o resultado prático do processo, mas restabelecer o status quo ante alterado pelo ato do esbulho ou turbação. No caso das ações de força nova, a concessão de liminar é desnecessária a demonstração de perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, uma vez que o *periculum in mora* é presumido (*in re ipsa*). (DONIZETTI, 2017, p. 974).

Nota-se que a grande especialidade deste procedimento reside na previsão

de liminar, de natureza claramente de evidência, e não urgência, eis que dentre os requisitos para sua concessão previsto no art. 562, *caput* do Código de Processo Civil não consta o tempo (necessário para a concessão da tutela definitiva) como inimigo da efetividade dessa tutela. Por opção do legislador, a previsão dessa liminar não incluiu a liminar possessória entre as hipóteses de tutela de evidência no art. 311 do sobredito diploma legal, previsão essa que talvez fosse suficiente para se retirar definitivamente as ações possessórias do rol dos procedimentos especiais (NEVES, 2017, p. 943).

Destaca-se que, em relação aos interditos proibitórios, estes sempre serão processados pelo rito especial, uma vez que a ameaça de ofensa será necessariamente atual. Desse modo, apenas as ações de manutenção e reintegração de posse são possíveis de imprimir procedimentos diversos, sendo o rito comum para ações de força velha, ou rito especial para ações de força nova (DONIZETTI, 2017, p. 964).

Ressalta-se que, por se tratarem de procedimento especial opcional, nas ações possessórias é facultado ao autor, desde que seja uma ação de força nova, a opção pelo procedimento comum ou especial. Todavia, em se tratando de ação de força velha, intentada após um ano e dia da ofensa à posse, será cabível tão somente o rito comum.

Deferida a liminar, o juiz expedirá o mandado de reintegração ou manutenção da posse, sem a prévia citação do réu, desde que tenha o autor fornecido prova documental idônea para demonstração dos requisitos do art. 561. Caso contrário, o magistrado designará audiência de justificação prévia, oportunidade em que o autor justificará o alegado, mediante prova oral, caso em que o réu será citado para a respectiva audiência (THEODORO JR., 2016, p. 140).

4.1.5 Natureza dúplice

Não há como falar de ações possessórias sem mencionar sua natureza dúplice ou ambivalente. Ações de natureza dúplice, assim como ocorre nas ações de inconstitucionalidade, são aquelas em que o autor e o réu ocupam, ao mesmo tempo, ambos os polos da relação jurídico-processual, ou seja, a procedência do pedido formulado na inicial levará, automaticamente, à rejeição da pretensão do réu (DONIZETTI, 2017, p. 969).

Assim, é possível ao réu implementar uma espécie de “contra-ataque” em face do autor na contestação, sem utilizar-se da reconvenção, conforme dispõe o artigo 556 do Código de Processo Civil “é lícito ao réu, na contestação, alegando que foi o ofendido em sua posse, demandar a proteção possessória e a indenização pelos prejuízos resultantes da turbação ou do esbulho cometido pelo autor”. Perfeitamente possível, portanto, que o réu alegue que foi ofendido em sua posse pelo autor, e não o contrário.

Nota-se que a natureza dúplce das ações possessórias se reveste de caráter excepcional, imposta pelo art. 556 do Código de Processo Civil, permitindo ao réu formular pedido contraposto. Desse modo, poderá ele demandar proteção possessória e indenização pelos prejuízos resultantes da moléstia perpetrada pelo autor, tudo isso em sede de contestação (DONIZETTI, 2017, p. 969).

Diante desse caráter especial conferida às ações possessórias, decorre a possibilidade da obtenção de medida liminar tanto pelo autor como pelo réu. Assim, deferida a liminar unilateralmente em favor do autor antes da citação ou ouvida do réu, este, ao contestar a ação, poderá pleitear a inversão da medida, desde que, logicamente, demonstre que o esbulhado ou turbado foi ele, e não o autor (THEODORO JR., 2016, p. 153).

Contudo, se deferida a liminar no momento em que o demandado já se encontrava presente no processo, a fase própria para o incidente já estaria superada, e o caminho próprio para revogar ou modificar a liminar só seria o recurso de agravo de instrumento. Em síntese, se o réu já se encontrava presente no processo ao tempo da liminar, então o único remédio impugnativo à sua disposição para modificar os efeitos do provimento judicial seria o agravo (THEODORO JR., 2016, p. 153).

4.1.6 Exceção de domínio

É cediço que a ação possessória tem como objeto a discussão acerca da posse e, como visto, esta não se confunde com a propriedade. No juízo possessório (*ius possessionis*), o fundamento da proteção é a posse, ou seja, protege-se a posse pelo simples fato de ser ela um direito subjetivo digno de tutela, não se cogita qualquer outra relação jurídica. Por sua vez, no juízo petitorio (*ius possidendi*), a proteção à posse tem como

objeto o direito de propriedade, isto é, busca-se a posse com fundamento da titularidade do domínio (DONIZETTI, 2017, p. 979).

Conforme art. 1.210 §2º do Código Civil, “não obsta à manutenção ou reintegração na posse a alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa”. Não é possível, portanto, manejar a exceção de domínio como matéria de defesa em ação possessória. Atento a essa orientação, o Novo Código de Processo Civil repetiu essa regra no art. 557, parágrafo único, que “não obsta à manutenção ou à reintegração de posse a alegação de propriedade ou de outro direito sobre a coisa”.

Sendo a posse um direito autônomo distinto da propriedade, podendo, inclusive, ser oposta contra o próprio proprietário do bem, a vedação legal do art. 557 do Código de Processo Civil busca proteger o possuidor contra aquele proprietário que esbulha, turba ou ameaça a sua posse. Afinal, se assim não fosse, todo proprietário poderia tomar para si a posse, ainda que ilegitimidade, alegando em contestação ser o proprietário do bem e, por tal motivo, fazer jus à posse (NEVES, 2017, p. 940).

Assim, aquele que comete esbulho não pode se defender valendo-se do título de domínio. Contudo, o Novo Código de Processo Civil permite que a propriedade seja discutida excepcionalmente quando envolver uma terceira pessoa. Essa exceção reside no fato de que, quando há dúvida quanto à propriedade e tal dúvida envolve uma das partes e um terceiro, a ordem jurídica não pode obstar o curso da ação petitória, a qual tem causa de pedir diferente da ação possessória (DONIZETTI, 2017, p. 979).

Por fim, a título de curiosidade, aprovou-se recentemente nova Súmula do STJ (Súmula 637) que garante ao ente público legitimidade e interesse para intervir, incidentalmente, na ação possessória entre particulares, podendo deduzir qualquer matéria defensiva, inclusive, se for o caso, o domínio.

4.2 A cumulação de pedidos nas ações possessórias à luz do Novo Código de Processo Civil

De início, o pedido possessório é aquele do mandado de reintegração, de manutenção ou de proibição contra aquele que agride ou ameaça agredir a posse do autor. Logo, a petição inicial do interdito deverá conter, por lógica, o pedido de uma das medidas

sobreditas. No entanto, o Novo Código de Processo Civil, assim como seu antecessor, permitiu ao autor a cumulação do pedido possessório com outras pretensões diretamente ligadas ao evento possessório, consoante o disposto no artigo 555.

Referido dispositivo é relevante, pois define quais os pedidos podem ser cumulados conjuntamente ao pedido possessório, ou seja, delimitam o procedimento a ser utilizado, eis que, não estando o pedido previsto no art. 555, o procedimento adotado será o comum. Isso porque, conforme exposto no capítulo II, o art. 327, §2º do Código de Processo Civil de 2015, exige-se a identidade procedimental entre os pedidos como requisito para cumulá-los. No caso das ações possessórias, classificadas como procedimentos especiais opcionais, admite-se a cumulação do pedido possessório com outro não previsto no art. 555, desde que ambos sigam o rito comum (DIDIER, 2018, p. 44).

Tal regra, contudo, não se aplica aos procedimentos genuinamente especiais, conforme explicitado no capítulo II, eis que preveem técnicas processuais diferenciadas incompatíveis com o rito comum, impossibilitando ao autor optar pelo procedimento comum ou rito especial (NEVES, 2017, p. 941). Neste caso, é obrigatória a propositura de duas demandas diferentes, uma com procedimento especial e outra com o procedimento comum. Rememoradas essas considerações, passa-se à análise da cumulação dos pedidos possessório e desfazimento de construções e plantações à luz do NCPC.

O Novo Código de Processo Civil não repetiu o preceito existente no art. 921, inciso III do Código de Processo Civil de 1973, que autorizava ao autor a cumulação do pedido possessório com o pedido de desfazimento de construção ou plantação realizada em detrimento de sua posse. Em razão disso, questiona-se se ainda seria possível cumulá-los dentro do procedimento especial ou, se pelo fato do legislador ter optado pela retirada deste inciso, somente seria possível a cumulação de pedidos possessório e desfazimento de acessões através do procedimento comum, porquanto procedimentalmente diferentes.

Salienta-se que a discussão neste capítulo acerca da cumulação dos pedidos possessório e desfazimento de acessões realizadas em detrimento da posse estão limitadas às ações de força nova, que oportunizam ao autor optar pelo procedimento especial ou comum, uma vez que as ações de força velha, conforme exaustivamente falado, são obrigatoriamente regidas pelo procedimento comum e, portanto, permitem a cumulação de pedidos procedimentalmente diferentes. Assim, observamos o que acontece na prática

judiciária:

Em consulta ao acervo jurisprudencial constante no site “Jusbrasil”³, utilizando conjuntamente as palavras-chave “cumulação”, “desfazimento”, “construções” e “possessório”, verifica-se recente decisão do Tribunal de Justiça de Goiás (TJGO) proferida em 29/05/2019, nos autos da ação de reintegração de posse cumulada com desfazimento de construção e cominação de pena por novo esbulho, cadastrada sob o nº 0175454-33.2012.8.09.0103.

Nestes autos, o magistrado de primeiro grau julgou parcialmente procedentes os pedidos deduzidos na petição inicial, reconhecendo o esbulho possessório para reintegrar a autora na posse da área. Todavia, julgou improcedente o pedido de desfazimento das obras edificadas na área pelo requerido, sob o fundamento de impossibilidade de cumulação dos pedidos possessório e obrigação de fazer, com o advento do Novo Código de Processo Civil.

No caso, o magistrado compreendeu que a supressão da possibilidade de cumulação do pedido de desfazimento de construção e plantação pelo legislador no art. 555 do Novo Código de Processo Civil resultou na impossibilidade cumulativa dentro da órbita do procedimento especial, conjuntamente ao pedido possessório.

Para tanto, deveria o autor ou cumulá-los através do procedimento comum, abrindo mão da liminar especializada da ação possessória, ou propor duas ações diferentes, uma mediante o rito especial, para requerer a reintegração na posse, e outra através do rito comum, requerendo o desfazimento da obra.

O Tribunal de Justiça de Goiás, por sua vez, reformou a referida decisão, admitindo a cumulação dos pedidos possessório e de obrigação de fazer, consistente no desfazimento de obras construídas na área esbulhada. Para a Corte, o artigo 555 do Novo Código de Processo Civil, ao contrário do que restou declinado na sentença, ampliou as matérias cumulativas com a possessória, desde que tenham, por óbvio, alguma relação com a tutela possessória. Assim, a ordem de retirada de quaisquer construções na área litigada, para o melhor uso da posse, às expensas do requerido, materializa o entendimento, segundo o qual, é possível a cumulação desses pedidos, permitindo a adoção de outros pedidos no corpo da possessória não tão estanques, conforme dispunha o artigo 921 do Código de Processo Civil de 1973.

³ www.jusbrasil.com.br

Isso porque, ao mesmo tempo em que foi suprimido o teor do artigo 921, inciso III do Código de Processo Civil de 1973, que previa ser lícito ao autor cumular o pedido possessório com desfazimento de construção e plantação feita em detrimento de sua posse, o Novo Código de Processo Civil não reproduziu essa mesma norma, mas introduziu um parágrafo único e dois novos incisos que permitem ao autor requerer a imposição de medidas necessárias e adequadas para evitar nova turbacão ou esbulho, bem como cumprir-se a tutela provisória ao final.

E baseando-se nesse cumprimento da tutela provisória é que o Tribunal de Justiça de Goiás admitiu a possibilidade de cumulaçãõ dos pedidos possessório e desfazimento de acessões dentro do procedimento especial, enquadrando-a no parágrafo único, inciso II do art. 555, pela presença de medida necessária para o cumprimento da tutela provisória ao final. Conclui-se, portanto, que o Novo Código de Processo Civil ampliou a previsãõ contida no art. 921 do Código de Processo Civil de 1973, eis que permitiu a adoçãõ de outros pedidos no corpo da açãõ possessória de forma menos limitada.

Assim, embora a redaçãõ atual não reproduza a regra do art. 921, inciso III do Código de Processo Civil de 1973, essa autorizaçãõ permanece implícita, através de regra prevista no art. 555, parágrafo único, inciso II, que permite a imposiçãõ de medida necessária e adequada para cumprir-se a tutela provisória ao final, de forma a abarcar quaisquer outros pedidos relativos ao pedido possessório, necessários para uma proteçãõ mais efetiva ao possuidor mantido ou reintegrado na posse, dentro da órbita dos procedimentos especiais. Nesse sentido, assinala Arruda Alvim (2015, p.1444):

O mesmo parágrafo introduz uma fórmula também abrangente, genérica e um tanto vaga, no seu inc. II. O “cumprimento da tutela provisória ou final” a que servirãõ as medidas aí tratadas, dada a grande amplitude da fórmula, reclama um esforço para identificar o que ela contém de específico, dado que, para se cumprirem as decisões judiciais, as medidas executórias e assemelhadas, de caráter geral, seriam em tese suficientes. Parece referir-se o texto a medidas pertinentes ao próprio exercício da posse pelo autor. Cabe nesse universo, por certo, o desfazimento de construções ou plantações realizadas em detrimento da posse. Mas não só, pois essa previsãõ, aliás intuitiva, estava na fórmula abandonada do direito anterior (art. 921, III do CPC73) e do anteprojeto. Aspira o legislador, agora, uma proteçãõ mais efetiva para o possuidor mantido ou reintegrado, tanto em caráter liminar quanto no definitivo. Qualquer providência voltada a esse escopo pode ser requerida pelo autor na inicial.

Noutro viés, o autor Humberto Theodoro Jr. encontrou uma alternativa diferente daquela definida pelo Tribunal de Justiça. Essa nova alternativa parte do

pressuposto de que a remoção e a demolição das acessões acarretam prejuízos que o esbulhador tenha que reparar nos termos do inciso I do art. 555. Para tanto, permite-se que o possuidor promova o desfazimento, cobrando o respectivo custo da parte sucumbente, bem como os prejuízos que a privação da posse lhe acarretou. Nesse sentido, preleciona Theodoro Jr. (2016, p. 197):

Entre os danos provocados pelo esbulho, incluem-se construções e plantações que não interessam ao possuidor. A remoção ou demolição de tais acessões inúteis acarretam prejuízos que o esbulhador tem de reparar nos termos do inciso I do art. 555. Nesse caso, ao possuidor caberá promover o desfazimento, cobrando o respectivo custo da parte sucumbente, além dos demais prejuízos que a privação da posse lhe acarretou, como, por exemplo, desgaste ou deterioração do bem e frutos ou rendimentos que deixou de perceber. (...) Como é declarada a ilicitude da construção ou da plantação, não há cabimento em condenar o réu a desfazer, uma vez que, para a tutela do direito, não é preciso esperar uma prestação, sendo necessária, ao revés, apenas a prática de atos executivos por parte do próprio órgão jurisdicional.

Não obstante a alternativa trazida por Theodoro Jr., certo é que não há sentido em obrigar o vencedor a custear, às suas próprias expensas, o desfazimento de construções e plantações declaradas ilícitas pela sentença. Isso seria o mesmo que admitir que o autor deva pagar pelo erro do réu. Inclusive, é possível que o autor não tenha dinheiro para custear o desfazimento ou, ainda, que não possa adiantar os custos para dar-se ao luxo de obtê-los muito tempo depois. Desse modo, o desfazimento das acessões às expensas do próprio possuidor, com a posterior cobrança do réu pelo art. 555, inciso I do Código de Processo Civil não representa a via adequada para requerer o desfazimento das plantações e construções em detrimento da posse.

Além disso, ao declarar o esbulho, a sentença reconhece a ilicitude das acessões feitas em detrimento da posse. E, sendo declarada a ilicitude da construção ou plantação, não há cabimento em condenar o réu a desfazê-la, eis que, para a tutela do direito, não é preciso aguardar uma prestação, sendo necessário, ao invés, apenas a prática de atos executivos por parte do próprio órgão jurisdicional para remoção do ilícito. Afinal, não há razão em dar-se àquele que não tem o direito a possibilidade de se negar a pagar as despesas necessárias para destruição de construções e plantações indevidamente realizadas. Deve o juiz, portanto, mesmo que perante o procedimento especial das ações possessórias, determinar ao esbulhador o pagamento das despesas necessárias ao desfazimento, sob pena de multa, consoante os arts. 537 e 538 §3º do Código de Processo Civil. (ARENHART;

MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 707)

Fica demonstrado assim, que, mesmo após a supressão do art. 921, inciso III do Código de Processo Civil de 1973, o art. 555 do Novo Código de Processo Civil ampliou a previsão contida no código antecessor, permitindo ao autor requerer na inicial quaisquer providências voltadas ao escopo da proteção possessória, propondo uma proteção mais efetiva e menos limitada, possibilitando a cumulação do pedido possessório com o pedido de desfazimento de construções e plantações em detrimento da posse. Não é surpresa essa expansão dentro do sistema proporcionado pelo Novo Código de Processo Civil que, como visto no capítulo II, buscou abandonar aos conceitos e formas rígidos para se dedicar a um mecanismo voltado a conferir à tutela jurisdicional o grau de efetividade que dela se espera.

No mais, em razão do pedido de desfazimento de construções e plantações estar implícito na previsão contida no art. 555, parágrafo único, inciso II do Novo Código de Processo Civil, com o fito de garantir o cumprimento da tutela provisória ao final, é perfeitamente possível a cumulação daquele pedido com o pedido possessório dentro da estrutura do procedimento especial da ação possessória, porquanto há identidade procedimental.

4.3 Para além da conclusão

Defendida a monografia, uma nova dúvida surge: não restando dúvidas quanto à possibilidade de cumulação dos pedidos possessório com desfazimento de plantações e construções através do procedimento comum, inclusive com a flexibilidade das técnicas especiais compatíveis permitidas pelo Novo Código de Processo Civil, qual a necessidade da existência de um procedimento especial para as ações possessórias?

Como exposto no capítulo II, o Código de Processo Civil de 1973 limitava-se a prever alternativas legislativas pré-fixadas e procedimentos rígidos, que representavam caminhos definidos pelas partes (DINAMARCO, 2017, p.126). Contudo, como se sabe, o legislador jamais conseguiria exaurir todas as especificidades imprevisíveis dos conflitos no caso concreto.

Para tanto, o Novo Código de Processo Civil trouxe a tônica de

flexibilização procedimental que, não apenas conferiu aos jurisdicionados um leque variado de técnicas especiais, mas também ofertou um repertório de instrumentos que possam ser combinados entre si, a fim de garantir uma maior efetividade procedimental. Nesse sentido, assinala Didier (2018, p. 79):

A adequação procedimental de cunho exclusivamente legislativo é limitadora, porque desconsidera a igualdade material; baseia-se em normas gerais e ignora a complexidade social, pressupondo realidades homogêneas e reduzindo a estereótipos engendrados pelo próprio Estado a diferença entre a situação de indivíduos diferentes.

No caso das ações possessórias, foi visto anteriormente que a diferença entre o procedimento especial e o procedimento comum de caráter possessório é a liminar requerida. Assim, enquanto a ação de força nova, de procedimento especial, assegura uma tutela de evidência e, portanto, dispensa comprovação do *periculum in mora*; a ação de força velha, de procedimento comum, exige uma tutela de urgência, cabendo ao autor demonstrar o perigo de dano irreparável para o deferimento da liminar (DONIZETTI, 2017, p. 974).

É sabido, ainda, que ao contrário dos procedimentos especiais obrigatórios, expostos no capítulo II, os quais não permitem ao autor optar pelo rito comum, ainda que para cumulação de pedidos de diferentes procedimentos, no caso específico das ações possessórias, a aplicação do procedimento comum ou especial é opcional. Isso porque não há nas ações possessórias uma situação material extremamente peculiar que exija, obrigatoriamente, um rito específico, como ocorre nos casos de inventário e partilha (DIDIER, 2018, p. 44).

Importante rememorar que essa faculdade procedimental está restrita às ações de força nova, ou seja, aquelas intentadas dentro do lapso temporal de ano e dia da ofensa à posse, mas não se estende às ações de força velha que, por força do art. 558, parágrafo único, do Código de Processo Civil, reger-se-ão pelo procedimento comum.

Em princípio, há uma vantagem para o autor na escolha do procedimento especial em detrimento do rito comum quando a ação for de força nova, eis que é preferível ao demandante requerer uma tutela de evidência, que prescinde de comprovação do perigo na demora, do que optar pela tutela de urgência, a qual necessita demonstração do perigo da demora para sua concessão, correndo o risco de ver sua pretensão indeferida.

Não obstante haja vantagem na escolha do procedimento especial, fato é que a diferença entre os procedimentos é mínima, estando restrita apenas quanto à forma de obtenção da medida liminar de manutenção ou reintegração de posse em favor do demandante, mas, afora esse detalhe, a partir da contestação, a ação possessória de força nova também seguirá o rito comum (THEODORO JR., 2016, p. 172).

Diante desse contexto e das novidades trazidas pelo Novo Código de Processo Civil quanto aos diversos dispositivos de adaptação e flexibilização processual, assegurados nos arts. 327 §2º e 1.049, parágrafo único do mesmo diploma legal, questiona-se qual a real necessidade de previsão de um procedimento especial para ações possessórias no novo sistema implantado pelo Novo Código de Processo Civil.

No tocante à natureza dúplice da ação possessória, o Novo Código de Processo Civil adicionou, em seu art. 343, o instituto da reconvenção ao procedimento comum, que possibilita ao réu manifestar pretensão própria, conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa. Assim, não há na natureza dúplice das ações possessórias uma especialidade que necessite de um rito especial próprio, podendo ser facilmente substituído pela reconvenção.

Em relação à impossibilidade de alegação de domínio, técnica de cognição parcial das ações possessórias, essa peculiaridade também não carece de procedimento especial na delimitação parcial da extensão do litígio e da cognição do magistrado. Isso porque, consoante art. 558, parágrafo único, ainda que a ação possessória siga o rito comum, fato é que ela não perde o seu caráter possessório.

E o que traça esse caráter possessório é o objetivo voltado apenas para a questão possessória, que se trata da apuração da posse do autor, da turbação ou esbulho atribuído ao réu, bem como da data em que houve a moléstia à posse, sem quaisquer interferências de questões dominiais ou relativas a outros direitos reais (THEODORO JR., 2016, p. 138).

No tocante à tutela de evidência, bastaria a iniciativa do legislativo de incluir a liminar possessória nas hipóteses de tutela de evidência previstas no art. 311 do Novo Código de Processo Civil o que, definitivamente, seria capaz de retirar as ações possessórias do rol dos procedimentos especiais (NEVES, 2017, p. 942).

Percebe-se, com clareza, que a previsão de um rito especial específico para as ações possessórias não se justifica, eis que, para obter uma pequena mudança

formal, o legislador desenhou regramentos inteiros, praticamente idênticos e facilmente adaptáveis ao procedimento comum. No mais, manter um procedimento especial desnecessário no ordenamento jurídico certamente aumenta a complexidade do sistema, exigindo conhecimento especializado e maior capacitação dos profissionais atuantes, o que, não raras vezes, é onerosa e pode gerar situações desiguais, restringindo o acesso a essas técnicas aos mais privilegiados economicamente (SICA, 2012, pp. 71-72).

E do produto dessa complexidade alimentada pelo procedimento especial, reside o presente trabalho pois, na hipótese de inexistência do procedimento especial possessório, também não haveria dúvidas, controvérsias ou decisões reformadas, para chegar à conclusão de que, sim, é possível a cumulação do pedido possessório com o desfazimento de construções e plantações realizadas em detrimento da posse.

Assim, a melhor alternativa não é a permanência do procedimento especial possessório no ordenamento jurídico, mas, sim, a inserção de possibilidades de flexibilização e adaptação dentro do procedimento comum, que sirva como um modelo procedimental, sobretudo porque a diversidade procedimental não é condição para alcançar bons resultados na prestação da tutela jurisdicional. Foca-se, portanto, em técnicas especiais, e não em procedimentos especiais (DIDIER, 2018, pp. 87).

Afinal, se o Novo Código de Processo Civil pensou em estabelecer diversas tutelas diferentes, com o fito de incrementar, em termos de qualidade e adequação, os resultados obtidos na prestação jurisdicional, não é crível que a mesma legislação que prevê institutos, formalidades, instrumentos, técnicas processuais diversificadas, compatíveis entre si e adequados ao caso, excluísse sua aplicação simultânea em um mesmo procedimento apenas porque posicionadas topograficamente em pontos diversos da legislação.

No caso das ações possessórias, tais técnicas especiais empregadas ao procedimento comum se aplicariam, especialmente, à previsão da concessão da tutela de evidência, quando a ação fosse intentada até um ano e dia da ofensa à posse, e às restrições cognitivas e probatórias, com relação às alegações dominiais alegadas na contestação. Isso porque o art. 327, §2º do Novo Código de Processo Civil permite expressamente a adaptação diferenciada prevista no procedimento especial não incompatível com o procedimento comum.

Conclui-se, portanto, que não há necessidade de conservação do

procedimento especial possessório no ordenamento jurídico, sendo muito mais prudente a utilização do sistema proporcionado pelo Novo Código de Processo Civil, que afasta a propagação de procedimentos especiais rígidos e adota um único procedimento flexível e adaptável que sirva de modelo procedimental (DIDIER, 2018, pp. 86-87). Assim, no caso específico das ações possessórias, a melhor alternativa não é a conservação do seu procedimento especial, mas a flexibilização do procedimento comum para adaptar as exigências do direito material possessório dentro de um sistema comum e simplificado.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho nasceu de uma tentativa de aprofundar o estudo na órbita do direito das coisas conjuntamente a uma curiosidade pelo estudo dos procedimentos especiais, principalmente das ações possessórias. Na busca por um tema inserido no campo do direito das coisas, chamou-me atenção o fato do Novo Código de Processo Civil ter mantido no corpo do artigo 555, antigo artigo 921, a possibilidade de cumulação dos pedidos de condenação em perdas e danos ou indenização dos frutos ao pedido possessório, mas ter retirado especificadamente o pedido de desfazimento de plantações e construções do rol de pedidos cumuláveis ao pedido possessório. Daí surgiu o tema.

Após, seguiu-se um período de pesquisa sobre a aplicabilidade do tema nos dias atuais. Através do eficiente sistema de consulta à jurisprudência no país, chamou atenção o recente recurso de apelação proferido nos autos de nº 0175454-33.2012.8.09.0103, o qual foi julgado pelo Tribunal de Justiça de Goiás em 29 de maio de 2019. O julgado, catalogado sob as palavras-chave “cumulação”, “desfazimento”, “construções” e “possessório” discutia a possibilidade de cumulação do pedido possessório com o desfazimento de obras construídas na área esbulhada, ao contrário do que restou declinado na sentença, em razão ampliação das matérias cumulativas com a possessória, e não uma restrição imposta pela nova legislação, o que até então aparentava ter ocorrido.

Assim, o objetivo do trabalho, em sua redação final, foi de verificar que, mesmo após a supressão da redação do art. 921, inciso III do Código de Processo Civil de 1973, que permitia ao autor a cumulação dos pedidos de desfazimento de construções e plantações conjuntamente ao pedido possessório, é possível a cumulação destes pedidos, dentro do procedimento especial conferido às ações possessórias, à luz do Novo Código de Processo Civil.

Para tanto, dividiu-se o texto em três capítulos, sendo os dois primeiros aparentemente desconexos um do outro, mas encontrando coesão lógica entre si nas exposições do terceiro.

O Capítulo I falou exclusivamente da posse. Partiu-se de uma breve análise histórica da posse, suas influências históricas – romana, germânica e canônica – que auxiliaram na compreensão e contextualização do próprio instituto possessório.

A seguir, buscou-se aprofundar o estudo sobre as noções gerais da posse, através das diferentes teorias possessórias acerca de sua conceituação, bem como a diferenciação entre seus fundamentos – *jus possessionis* e *jus possidendi*-. Estudou-se, ainda, a classificação da posse, momento em que foi demonstrada a importância da qualificação da posse, ou seja, a presença ou ausência de certos elementos na determinação do direito à proteção garantida pelo Código Civil e a possibilidade de utilização de cada interdito possessório conforme suas qualidades. Analisou-se, por fim, as formas de aquisição e perda da posse.

Após essa exposição, seguiu uma aparente quebra no raciocínio que se desenvolveu até então. O Capítulo 2 abandonou temporariamente o direito material – a posse - para falar exclusivamente sobre o direito processual. Iniciou-se o capítulo com uma exposição das alterações gerais e estruturais do Novo Código de Processo Civil, especialmente em relação aos procedimentos especiais e à ideia de flexibilização procedimental, a fim de garantir uma efetividade maior àquela ofertada na legislação antecessora. Assim, o Novo Código de Processo Civil abandonou sua excessiva preocupação com conceitos e formas para se dedicar à busca de mecanismos que permitam o alcance de resultados práticos mais efetivos para os jurisdicionados.

Ainda, neste mesmo capítulo, o estudo abordou os institutos fundamentais do processo civil - a ação, o processo e o procedimento – que apesar de diferenciados, na praxe forense são cotidianamente confundidos e, não raras vezes, desviados de suas corretas acepções. Nesse ponto deu-se grande relevância à ação, especificamente em relação à cumulação de pedidos, estudo que seria retomado no capítulo seguinte. Analisou-se, também, o procedimento como rito, de modo que o terceiro item deste capítulo abordou o tema mais a fundo. Dessa forma, em razão da sua relevância para o presente trabalho, o instituto procedimental teve um item dedicado ao seu estudo, sendo subdividido em dois subitens: procedimento comum e procedimento especial, ambos abordados de forma mais geral neste segundo capítulo.

A partir daí, adentrou-se no terceiro capítulo que, resgatando aquilo que foi dito nos dois primeiros, expôs novamente os institutos ligados à posse – como o esbulho e a turbacão – mas com uma roupagem processual característica do segundo capítulo, retomando temas como o procedimento especial e a cumulação de pedidos. Assim, numa tentativa imanentista de unir, propositalmente, os dois capítulos iniciais, o capítulo terceiro

foi inaugurado pelas ações possessórias. Daí seguiu logicamente o estudo dos interditos possessórios, suas espécies – reintegração, manutenção e interdito proibitório -, requisitos e suas principais especificidades consagradas no ordenamento jurídico: a natureza dúplice, a exceção de domínio e o procedimento possessório. Nesse ponto deu-se uma grande relevância à questão do procedimento possessório, pois delimitou ainda mais o tema central do trabalho. Concluiu-se, então, que a discussão da possibilidade de cumulação dos pedidos possessório estava limitada ao procedimento especial e, portanto, à ação de força nova, não estendendo a discussão até a ação de força velha porquanto procedimento comum.

Ao final, como já informado, foi escolhido um precedente do Tribunal de Justiça de Goiás em que, ao contrário do declinado na sentença, admitiu a cumulação dos pedidos possessório e o desfazimento de obras construídas na área esbulhada. Essa análise prática aliada à estrutura proporcionada pelo Novo Código de Processo Civil, com um novo inciso que permite ao autor requerer a imposição de medidas necessárias e adequadas para cumprir-se a tutela provisória ao final, não deixou dúvidas quanto à possibilidade de cumulação dos sobreditos pedidos, ainda que o referido diploma legal não tenha repetido o preceito existente no artigo correspondente do Código de Processo Civil de 1973.

Admitiu-se, portanto, a possibilidade de cumulação dos pedidos possessório com desfazimento de construções e plantações, dentro do procedimento especial, à luz do Novo Código de Processo Civil. E aí, aparentemente, encerrou-se o trabalho.

Daí, já concluída a tese inicial, o terceiro tópico trouxe um último questionamento: não restando dúvidas quanto à possibilidade de cumulação dos pedidos possessório com desfazimento de plantações e construções através do procedimento comum, inclusive com técnicas especiais compatíveis, qual a necessidade de um procedimento especial possessório. Após a conclusão do trabalho e, seguida de reflexão do tema, concluiu-se não apenas que é possível a cumulação daqueles pedidos nos procedimentos especiais, mas também que não há necessidade de manutenção deste procedimento possessório pelo Novo Código de Processo Civil. Concluiu-se, portanto, que é possível a cumulação dos pedidos possessório com desfazimento de plantações e construções através do procedimento especial dentro do Novo Código de Processo Civil e, como consequência, que não há necessidade de manutenção deste procedimento pelo referido diploma legal.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: teoria do processo civil vol. 1. 3ª ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017.

AZEVEDO, Renan Falcão de. Posse - Efeitos e Proteção, 2ª edição, São Paulo, Coedição da Universidade de Caxias do Sul - RS - e Editora Revista dos Tribunais, 1987.

BARROS MONTEIRO, Washington de. Curso de Direito Civil - Direito das Coisas, 4ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1961.

BERMUDES, Sérgio. Introdução ao processo civil. Sérgio Bermudes - 6ª ed. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2019.

BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016. 2ª ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo, Editora Saraiva, 2016.

CABRAL, Antônio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro; DIDIER JR., Fredie. Por uma nova teoria dos procedimentos especiais. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2015.

CUNHA CAMPOS, Ronaldo. O artigo 923 do CPC. Julgados do RJTAMG. vol. 8. p. 14.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel - Teoria Geral do Processo - 24ª edição - Malheiros Editores: 2008.

DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento, 19ª ed, Salvador, Ed. Jus Podivm, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil, vol. 1. São Paulo,

Malheiros, 2001.

DINIZ, Maria Helena - Curso de Direito Civil Brasileiro - 4. Direito das Coisas - 29ª ed. Saraiva, 2014.

DONIZETTI, Elpídio Donizetti. Curso didático de direito processual civil, 20 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Comentários ao Código de Processo Civil vol. VIII, t. III, n. 365. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

FARIAS, Cristiano Chaves de / ROSENVALD, Nelson. – Curso de Direito Civil – Direitos Reais – v. 5 – 11. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015.

FULGÊNCIO, Tito. Da posse e das ações possessórias – ed. Atual. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

GOMES, Orlando. Direitos reais. Rio de Janeiro: Forense, 1958, n. 23.

GONÇALVES, Carlos Roberto. – Direito civil brasileiro – v. 5 – Direito das coisas. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

GUIMARÃES, Octávio Moreira. Da posse e seus efeitos. São Paulo: Saraiva, 1949.

LEVENHAGEM, Antônio José de Sousa. – Posse, possessória e usucapião . – São Paulo: Atlas, 1976.

MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. São Paulo: RT, 2004

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil - Volume único - 9ª. ed., Salvador, Editora JusPodivm, 2017.

PIMENTEL, Wellington Moreira. Comentários ao CPC, vol. III, 2ª ed., São Paulo, Ed. Rev. Tribunais, 1979.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1977, vol.13.

REZENDE, Astolfo. Manual de Código Civil. Rio de Janeiro. Ed. Jacinto Ribeiro, 1918, vol II, p. 4. Posse, o direito e o processo. 2. ed. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1978.

RIZZARDO, Arnaldo – Direito das Coisas – revista, atualizada e ampliada – 7ª ed. Forense: 2014.

RODRIGUES, Manuel. A posse. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1980.

RUDOLPH, Von Ihering. A luta pelo direito – tradução de Dominique Makins – São Paulo: Hunter Books, 2012.

SERPA LOPES, Miguel Maria. Curso de Direito Civil, 2ª ed. Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos S.A, 1962, vol. VI.

TATURCE, Flávio. – Direito Civil, v. 4: Direito das Coisas. – 9. ed. rev., atual., e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

THEODORO JR., Humberto. Curso de Direito Processual Civil - Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum - vol. III. 47. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2016.

THEODORO JR., Humberto; Curso de direito processual civil - Procedimentos especiais - vol.2. 50 ed. rev, atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo, Direito civil. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, v. 5: Direitos reais.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Breve comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.