

Ações para obtenção de coisa (art. 461-a do CPC)

Luiz Guilherme Marinoni*

1 Ação para o cumprimento de obrigação de entregar coisa

1.1 Tradição e registro

Como é sabido, o direito real nasce, em relação às coisas móveis, com a tradição e, no que concerne aos imóveis, com o registro imobiliário. Isso significa que, até a tradição ou o registro imobiliário, não existe direito real, mas apenas direito obrigacional.

Conseqüência disso é que a ação para o cumprimento da obrigação de entrega de coisa não é ação fundada em direito real ou ação real. Antes da tradição não há direito real à entrega de coisa ou mesmo a possibilidade de se pedir a imissão na posse, mas apenas o direito de exigir o cumprimento da prestação obrigacional de entrega de coisa.

1.2 Ação para o cumprimento da prestação obrigacional de entrega de coisa

Embora não exista direito real, o contrato de compra e venda de coisa móvel, aliado ao cumprimento de suas cláusulas, confere ao comprador o direito de exigir o cumprimento da prestação obrigacional de entrega de coisa.

A procedência da pretensão do autor, no caso, depende do contrato . Por isso, antes do art. 461-A, a sentença de procedência era condenatória, e assim abria ensejo à ação de execução para a entrega de coisa, a qual se baseava em sentença que se fundava no contrato. É que essa sentença somente pode exigir o cumprimento do contrato. A sentença que se baseia no contrato é diferente da sentença de procedência que - supondo, por exemplo, a locação - o desconstitui. Nessa última situação, desconstituída a locação, não há como se usar o contrato para se exigir uma prestação, mas sim constatar que, diante da sua rescisão, basta o uso da força do Estado para viabilizar a recuperação da coisa . É por essa razão que a ação de despejo, por exemplo, é ação executiva. Ela tem essa natureza pelo fato de ser ação real, vale dizer, pelo motivo de ser ação voltada à recuperação da coisa . A ação real - de recuperação da coisa - nem sempre é fundada em direito real, como também pode haver ação fundada em direito real que não seja ação real (de recuperação da coisa).

É importante registrar, desde logo, que na ação baseada na obrigação de entrega da coisa deve ser pedido o cumprimento da obrigação, e não a imissão na posse. Atualmente,

por uma questão de opção legislativa – que no caso de direito obrigacional pode ser legitimamente feita – basta a ação do art. 461-A. Por essa razão, a execução da sentença que reconhece a obrigação de entregar coisa não requer a propositura de ação de execução.

1.3 A distinção entre a ação para o cumprimento da obrigação de entrega de coisa e a ação de imissão na posse de coisa móvel

A ação de imissão na posse se funda no direito à posse, e não no contrato, que outorga apenas direito ao cumprimento de uma obrigação. A ação de imissão na posse, assim, não depende do cumprimento de uma prestação obrigacional, mas leva a uma sentença que, quando de procedência, não tem outra coisa a fazer a não ser imitir o autor na posse. É nesse sentido que se diz que a ação de imissão na posse é uma ação real e, portanto, executiva, enquanto que a ação para o cumprimento da obrigação de entrega de coisa é uma ação que objetiva apenas a satisfação de uma prestação e, assim, poderia ser condenatória, embora atualmente seja regida pelo art. 461- A.

A pergunta que se poderia fazer, no entanto, é a seguinte: se a tradição deve ser obtida por meio de ação fundada no contrato, quando existirá ação de imissão na posse de coisa móvel? É necessário frisar que a ação de imissão na posse se funda em direito à posse¹ e, por isso, requer prova de que esse direito existe.² Assim, a imissão de posse é cabível nos casos de tradição simbólica, quando a posse concreta do bem não tenha sido entregue pelo devedor. Antes da tradição não há direito real e, por esse motivo, fundamento para o uso da ação de imissão na posse.

Porém, se a tradição concreta já ocorreu, não há razão (ou interesse) para a utilização da imissão na posse. Assim, tal ação somente será oportuna, no caso de coisa móvel, quando a posse concreta do bem não houver sido entregue.³

2. Cumprimento imperfeito da obrigação de entrega de coisa

2.1 Vício de direito e vício físico da coisa (Inconformidade jurídica e inconformidade material)

A entrega da coisa se subordina ao contratado. Quando o devedor cumpre sua prestação em desconformidade com o convencionado, há o que se chama de cumprimento imperfeito da obrigação de entrega. Esse cumprimento imperfeito pode decorrer de inconformidade jurídica ou de inconformidade material.

Para que haja conformidade jurídica, a coisa não pode ser entregue com ônus ou limitações, se não declarados pelo alienante ou conhecidos pelo comprador no momento da realização do negócio.

A razão é simples: se as partes, na realização do negócio, estabeleceram valor para a coisa livre de ônus ou limitações, é claro que, se a verdadeira situação da coisa fosse

conhecida, outro valor teria sido fixado, ou o negócio não teria se realizado. A existência de ônus ou limitação implica em restrição ao direito sobre a coisa. Portanto, a entrega de coisa com ônus ou limitação, em desrespeito ao convencionado, configura inconformidade que respeita ao seu estado jurídico. 4

Por outro lado, há inconformidade material quando a coisa apresenta alteração, diante do contratado, em relação ao seu estado material ou físico. Nesse caso, a coisa entregue pode ser dita defeituosa, por não refletir as características convencionadas ou "legitimamente esperadas pelo comprador".5

No caso de entrega de coisa defeituosa (inconformidade material), o credor poderá pedir i) sanção do vício 6 - mediante ordem de fazer sob pena de multa - , ii) substituição do produto – mediante ordem de entrega de coisa sob pena de multa -, iii) anulação do contrato cumulado com devolução da quantia paga ou iv) redução do preço, os quais podem ser cumulados com v) pedido de indenização. Somente os dois primeiros pedidos podem garantir o cumprimento perfeito da obrigação, e assim conduzir à prestação de tutela específica.

A existência de ônus ou limitações sobre a coisa abre oportunidade para i) pedido de anulação do contrato cumulado com devolução da quantia paga ou para ii) pedido de redução do preço. Além disso, e considerando o princípio geral de que o credor tem direito à prestação tal como pactuada, há a possibilidade de o credor requerer que iii) o devedor elimine – evidentemente que, quando possível - os ônus e limitações que incidem sobre a coisa. Nesse último caso, objetiva -se corrigir a prestação, em conformidade com o convencionado, garantindo-se o direito do credor ao cumprimento perfeito por meio de tutela específica. Para tanto deverá ser requerida ordem de fazer, sob pena de multa, com base no art. 461 do CPC. Em princípio, todos esses pedidos podem ser cumulados com o de indenização.

2.2 A entrega de coisa defeituosa e a tutela específica do credor

Se o adquirente possui o direito ao cumprimento perfeito da obrigação, é lógico o seu direito de exigir a eliminação do defeito da coisa ou sua substituição, no caso de entrega de coisa defeituosa.

"espécie, em perfeitas condições de uso; II – a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; III – o abatimento proporcional do preço (art. 18, §1o do CDC). O consumidor somente pode exercer o seu direito de opção, entre uma das três possibilidades mencionadas, se houver solicitado a substituição das partes viciadas. De modo que a reclamação de substituição das partes viciadas não constitui opção, mas verdadeira obrigação, que somente pode ser excepcionada nas hipóteses do §3o do art. 18, que afirma que "o consumidor poderá fazer uso imediato das alternativas do §1o deste artigo sempre que, em razão da extensão do vício, a substituição das partes viciadas puder comprometer a qualidade ou características do produto, diminuir-lhe o valor ou se tratar de produto essencial". Não atendida a reclamação, e não sendo o caso de aplicação do §3o, pode o consumidor realmente optar entre a substituição das partes viciadas e uma das três possibilidades postas no §1o. Ou

seja, o fato de a reclamação não ter sido atendida não impede ao consumidor de pedir ao juiz a substituição das partes viciadas. A diferença é a de que, não atendida a reclamação, há a possibilidade de o consumidor insistir na substituição das partes viciadas ou requerer uma das providências constantes do §1º do art. 18."

A possibilidade de se pedir a correção do defeito ou a substituição da coisa, nada mais é que consequência do direito do credor à prestação originária, que não pode conter vícios.

O direito de exigir o cumprimento da prestação originária, diante do inadimplemento imperfeito, não precisa estar expressamente consagrado na lei, pois é decorrência natural da própria existência da obrigação. Ainda que isso pareça óbvio, há discussão na doutrina. A teoria que sustenta a impossibilidade da tutela específica se funda na idéia de "hortus conclusus da disciplina da garantia, da especialidade e da natureza taxativa dos remédios ou providências jurídicas nela expressamente contemplados, ancorada numa visão plurissecular da questão que remonta ao regime da garantia romana, confinada à alternativa *actio redhibitoria – actio quanti minoris*".⁷ Já a teoria que aceita a tutela específica se baseia "nos princípios gerais, com base nos quais o credor tem o direito de obter o resultado negocialmente programado, pelo que, em alternativa à anulação (redibição ou anulação) do contrato e à redução do preço, ao comprador deveria ser admitido o exato cumprimento na modalidade de eliminação dos defeitos ou substituição da coisa, em consonância com a idéia de que a garantia tende a reforçar e não a enfraquecer a sua posição".⁸

Embora se fale, nessa hipótese, em reparação da coisa, é lógico que não se trata de responsabilidade por dano e, assim, de ressarcimento na forma específica.⁹ Nesse caso não há dano, mas somente mal cumprimento ou adimplemento imperfeito. A tutela se volta contra o adimplemento imperfeito – e não contra o dano –, objetivando o exato cumprimento da obrigação – e não a reparação do dano.

Isso quer dizer que a culpa não faz parte dessa ação. Quando o adimplemento ainda é possível, a ação que o exige não abre oportunidade para a discussão de culpa. O direito ao adimplemento decorre do contrato, nada tendo a ver com dano ou culpa.

No caso em que o adimplemento ainda é viável, somente pode existir afirmação de dano quando se alegar prejuízo decorrente do inadimplemento, e apenas nessa situação é que a culpa pode passar a interessar¹⁰. É que a culpa é pressuposto para a responsabilização pelo dano, e não da tutela específica contra o inadimplemento.

De acordo com o art. 443 do CC de 2002, "se o alienante conhecia o vício ou defeito da coisa, restituirá o que recebeu com perdas e danos; se o não conhecia, tão somente restituirá o valor recebido, mais as despesas do contrato". Como se vê, no regime dos vícios redibitórios, o dano decorrente do adimplemento imperfeito não abre oportunidade para ressarcimento se resta demonstrado que o alienante ignorava o vício ou o defeito da coisa.

Entretanto, afirma o art. 23 do CDC que, "a ignorância do fornecedor sobre os vícios de qualidade por inadequação dos produtos e serviços não o exime de responsabilidade". No sistema do CDC, para a responsabilização pelo dano decorrente do inadimplemento, pouco importa a ignorância do fornecedor sobre os vícios do produto ou do serviço.

É de se separar, portanto, a tutela específica que objetiva a prestação originária (mediante a substituição ou a eliminação do defeito da coisa) e a tutela contra o dano - de ressarcimento em dinheiro.

Diante do cumprimento imperfeito, a eliminação do vício que objetiva o adimplemento da prestação originária pode ser postulada com base no art. 461 do CPC ou 84 do CDC, mediante o requerimento de ordem de fazer sob pena de multa. Desejando-se a substituição da coisa, e dessa forma a entrega da coisa efetivamente prometida, deve -se pedir ordem de entrega de coisa sob pena de multa, com fundamento no art. 461-A do CPC. Tais pedidos de tutela específica podem ser cumulados com pedidos de ressarcimento.

2.3 Inconformidade jurídica e tutela específica para obrigar o vendedor a sanar os vícios de direito que incidem sobre a coisa

Quando há inconformidade jurídica no cumprimento da obrigação, isto é, no caso em que a coisa é entregue com vício de direito, não há dúvida de violação ao direito à prestação convencionada. Acontece que a anulação do contrato ou a redução do preço – se são alternativas diante do adimplemento imperfeito – estão longe de ser a forma ideal de tutela do direito do credor.

Basta atentar para a natureza do direito do credor. O credor possui o direito ao exato cumprimento da obrigação, o que é o mesmo que o adimplemento perfeito . Portanto, diante da entrega de coisa com vício de direito – ônus ou limitações -, o credor deve ter a possibilidade de exigir, em razão do seu direito material decorrente do contrato , que o devedor elimine os vícios que impediram a entrega da coisa conforme o convencionado.

Como é óbvio, não há que se pensar, diante dessa tutela, em culpa ou em existência de má - fé do devedor. Basta que a coisa entregue esteja em desconformidade com a prometida no contrato.

Para se exigir o adimplemento perfeito é necessário somente demonstrar o cumprimento imperfeito, pois o direito à tutela específica decorre unicamente do inadimplemento.

Calvão da Silva, ainda que perante o direito português, alude à obrigação do vendedor eliminar o vício de direito, pois dessa forma seria eliminada a desconformidade jurídica e reposta a conformidade do bem entregue com o contrato¹¹. O fato de a lei brasileira não prever a possibilidade de o credor pedir a eliminação dos vícios de direito que repousam sobre a coisa, certamente não elimina o direito do titular da prestação ao seu exato cumprimento. Ora, se esse direito não pode ser negado, e somente pode ser efetivado, diante de vício de direito, mediante a eliminação desse vício por parte do devedor, não há

como deixar de concluir que é possível requerer, com base no art. 461 do CPC ou no art. 84 do CDC, ordem sob pena de multa para que o devedor elimine o vício de direito que recai sobre a coisa.

O direito do comprador a essa tutela específica é conseqüência natural de seu direito ao adimplemento perfeito. Como explica Calvão da Silva, "lógica e teleologicamente será essa a solução preferível do ponto de vista econômico e mesmo para o comércio jurídico, sempre que

possível e razoável, dada a conservação do contrato pela reposição da conformidade jurídica".¹²

Assim, quando a eliminação do vício for viável e razoável, o juiz poderá ordenar que o devedor elimine o vício de direito da prestação, tornando-a conforme o convencionado, para que assim reste atendido o direito do credor ao exato cumprimento da obrigação. Para tanto, o juiz deverá fixar prazo em atenção às circunstâncias do caso concreto.

Alguém poderia dizer que, se a hipoteca deve ser registrada (por exemplo), não haveria como o adquirente reclamar da sua existência. Porém, se o alienante declarou, quando da compra e venda, que o imóvel era isento de ônus, e mais tarde o adquirente verifica que o imóvel está hipotecado, não há dúvida de que a coisa entregue não está em conformidade com a contratada.

Nessa hipótese, o adquirente poderá propor ação para obrigar o alienante a eliminar o ônus que pesa sobre a coisa, para que então ocorra a correção da prestação. Nesse sentido, poderá pedir que o alienante seja obrigado a transferir a hipoteca para outro bem de sua propriedade - capaz de garantir a dívida - ou para que pague a dívida, liberando o imóvel.

3 Ação de imissão de posse

3.1 Ação de imissão de posse e ação de reintegração de posse

A imissão de posse é devida àquele a quem alguém se obrigou a transferir a posse – e, como será visto, não apenas ao adquirente. A ação de imissão de posse é o meio processual através do qual se permite que aquele que tem o direito de haver a posse atue contra aquele que se obrigou a transferi-la.

A ação de imissão de posse, embora petitória, não se funda no domínio, pois é reservada àquele que tem o direito à posse – como é o caso, por exemplo, do promitente-comprador, que obviamente não possui o domínio.

Ainda que a ação de imissão de posse e a ação de reintegração de posse objetivem a posse, a primeira é a ação daquele que possui direito à posse contra aquele que tem a

obrigação de transferi-la, ao passo que a ação de reintegração é a ação do possuidor – fundada na posse – contra aquele que cometeu o esbulho.¹³ Se a ação de reintegração de posse objetiva dar proteção ao fato jurídico posse, a ação de imissão de posse visa realizar o direito à posse.

3.2 Legitimidade do titular do direito à posse e não apenas do adquirente

Como adiantado no item que precedeu, a imissão na posse não é privilégio do adquirente, mas pode ser proposta por qualquer um que possua direito à posse.

O que importa, para o cabimento da ação de imissão de posse, é a existência de negócio jurídico sobre transmissão da posse, a partir do qual se possa exigir a imissão na posse na coisa objeto do contrato.

É certo que o adquirente tem ação de imissão de posse contra o alienante. Mas, nem todo adquirente pode utilizá-la. Suponha-se, por exemplo, que foi alienada coisa cedida em locação.

Nessa situação, o alienante não se obrigou, até porque não poderia, a transferir a posse. O adquirente apenas pode se valer da imissão no caso em que se convencionou, obviamente de forma válida e eficaz, a obrigação de transferência da posse, e, assim, o seu direito à posse.

Como o fundamental é a existência de obrigação de transferência da posse, a imissão de posse pode ser proposta pelo promitente-comprador. Note-se, entretanto, que a base dessa ação de imissão de posse não é simplesmente o contrato de compromisso de compra e venda, ou o fato do seu registro imobiliário. Para que a ação de imissão seja viável, nessa hipótese, o contrato deve conter cláusula que outorgue ao promitente-comprador o direito de imissão na posse.¹⁴

O STJ, além de já ter decidido que "não é necessário o registro para o ingresso da ação petítória de imissão de posse"¹⁵, já teve a oportunidade de frisar que, "obrigando-se o promitente - vendedor no contrato a proceder a entrega do imóvel ao compromissário-comprador, desde logo ou em determinado tempo, a este é facultado o exercício da ação de imissão de posse, ainda que não esteja a promessa registrada no álbum imobiliário".¹⁶

Em resumo, a ação de imissão na posse é fundada em direito à posse, e por esse motivo não é deferida somente ao adquirente.

3.3 Legitimados passivos na ação de imissão de posse. Não cabimento da imissão contra o terceiro possuidor ou contra o alienante para o qual o adquirente perdeu a posse

O legitimado passivo da ação de imissão de posse é o alienante ou o terceiro que detém em nome do alienante ou que possui o título de sua posse dele derivada.¹⁷ A ação não pode ser proposta contra os que possuem em nome próprio ou cuja detenção não seja derivada do alienante.

Se alguém se obriga a transferir posse que está com terceiro, a imissão de posse não prosperará contra o alienante e será incabível contra o terceiro. Além disso, se o alienante transferiu a posse, mas o adquirente logo após a perdeu para terceiro ou para o próprio alienante, a ação cabível não será a de imissão de posse.

Na hipótese em que, por exemplo, adquire-se imóvel cuja posse havia sido cedida em comodato, não cabe ação de imissão na posse contra o comodatário. Entendem os tribunais ser aí cabível a reintegração de posse: se o contrato de comodato está vencido, o adquirente deverá notificar o comodatário para desocupar o imóvel; não tendo ocorrido a desocupação, caracteriza-se o esbulho, e assim abre-se oportunidade para a reintegração.

Pelo mesmo motivo, o adquirente do prédio locado não poderá propor ação de imissão de posse contra o locatário, mas sim ação de despejo, devendo considerar o contrato pactuado anteriormente à alienação.

Na verdade, se o alienante não possuía a posse no momento da alienação, a ação cabível não será a de imissão de posse, aceitando-se a propositura da ação cabível diante da relação contratual estabelecida entre o alienante e o possuidor.

3.4 Amplitude da cognição do juiz

3.4.1 Considerações prévias

A ação de imissão de posse permite a discussão de determinadas questões, impedindo a de outras. É isso que faz dessa ação um instrumento que realmente pode tutelar o direito à imissão de posse, pois, se não fosse assim, o negócio que confere direito à transmissão da posse jamais teria valor.

3.4.2 Demanda documental

A ação de imissão, fundando-se no direito à posse, deve estampar, em anexo à petição inicial, o documento que espelha tal direito. Trata-se, assim, de documento considerado indispensável à propositura da ação, nos termos do art. 283 do CPC.

Embora a ação de imissão de posse deva estar necessariamente acompanhada desse documento, e portanto constituir espécie de demanda documental, a sua não apresentação com a petição inicial obriga o juiz a determinar que o autor a complete, no prazo de dez dias, nos termos do art. 284 do CPC.¹⁸

3.4.3 Possibilidade de o réu impugnar somente o documento que confere o direito à posse. Impossibilidade de discussão sobre o domínio

A contestação não pode suscitar questões relativas ao domínio, devendo versar somente sobre a ineficácia do documento que espelha o direito à posse.

Pontes de Miranda refere-se a julgado da 2ª Turma do STF, em que se teria admitido – certamente por erro - a discussão do domínio no âmbito da ação de imissão de

posse. Advertiu Pontes de Miranda que, nesse caso, houve equívoco, uma vez que a contestação "somente pode versar sobre nulidade manifesta" (melhor dizendo ineficácia) do documento produzido. 19 Sublinhese que, quando o direito à posse se funda no registro imobiliário, não há como se discutir o domínio, mas apenas a validade e a eficácia do registro.

Essa restrição ao direito à defesa é plenamente justificável diante da natureza do direito material. Mas, se o réu tiver alguma questão a levantar sobre o domínio, ou mesmo a respeito de algum vício de consentimento que atinja o negócio jurídico,²⁰ ele evidentemente terá a oportunidade de invocar tais questões em ação inversa posterior, após o autor ter sido imitado na posse com base no título que concretiza o direito que o próprio réu lhe conferiu.

Na verdade, se essa não fosse a técnica adotada, jamais existiria ação de imissão de posse, pois toda ação, ainda que fundada no direito à posse, acabaria redundando em ação aberta à discussão do domínio. Essa técnica processual, aliás, encontra fundamento e legitimidade não só no direito à posse, mas também no direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional. Sem tal técnica seria impossível dar tutela efetiva ao direito à imissão na posse, enquanto que o direito fundamental à efetiva tutela jurisdicional outorga legitimidade à restrição da defesa que nessa ação deve ocorrer. Frise-se que não há, aí, eliminação do direito de defesa, mas tão somente a restrição desse direito para se dar efetividade a outro direito,²¹ reservando -se a possibilidade de o réu ir a juízo como autor para realizar as alegações que - se a ação fosse de cognição plena – poderiam ser feitas.

4 Ação reivindicatória

4.1 Ação de recuperação da coisa

Na ação reivindicatória se pede a posse da coisa. Porém, cabe ao proprietário contra o possuidor. Ou melhor, é atribuída ao proprietário sem posse contra o possuidor que não é proprietário.

A ação se funda no domínio, e a reivindicação somente será procedente quando a sentença reconhecer que o réu detém injustamente a posse da coisa.²²

Para que seja possível compreender de forma mais fácil essa ação, é importante comparar as situações do locador com a do proprietário. A ação de despejo assegura ao locador a recuperação da coisa entregue em locação, ao passo que a ação reivindicatória assegura ao proprietário a recuperação da coisa que lhe pertence. Em ambos os casos, há técnica processual de recuperação da coisa injustamente possuída. A diferença entre as duas está apenas em que o despejo é conferido ao locador e a reivindicação ao proprietário.

Se a ação de despejo é indiscutivelmente executiva, não teria cabimento pensar em ação reivindicatória que somente pudesse desembocar em sentença condenatória, e daí

obrigasse à ação de execução. Raciocinar dessa forma seria admitir que a legislação processual pode conferir técnica processual mais forte ao locador do que ao proprietário. Ou melhor, que o sistema jurídico pode conceber ação processual adequada ao locador, e não ao proprietário.

Atualmente, não há como negar que a ação reivindicatória pode se fundar no art. 461-A, e assim abrir oportunidade para técnica antecipatória e para sentença de executividade intrínseca, dispensando a ação de execução.

4.2 Amplitude da cognição do juiz

Ao contrário do que acontece na ação de imissão na posse – em que o réu somente pode negar a eficácia do documento que sustenta o afirmado direito à imissão na posse – e na ação de reintegração de posse – em que a defesa fundada em domínio é proibida (é defeso discutir o domínio na pendência do possessório; arts. 923, CPC e 1210, §2o, CC) -, na ação reivindicatória não há limitação à defesa.

É certo que a ação reivindicatória compete ao proprietário, mas não tem cabimento se pensar, aqui, em restringir a defesa e a cognição do juiz apenas à eficácia do documento que confere direito à posse. É que a ação reivindicatória não se funda em cláusula pela qual alguém se obrigou a transferir a posse, porém no domínio. É por isso que a ação reivindicatória, ao contrário das ações de imissão na posse e de reintegração de posse, é uma ação de cognição plena – e não limitada.

Como visto acima, se o alienante não possuía posse quando vendeu, a ação de imissão não pode ser proposta contra ele ou contra o possuidor. Se há locação, aceita-se, diante de sua natureza, o uso da ação de despejo. Ou melhor, se há relação contratual entre o alienante e o possuidor, caberá, quando for o caso, ação de restituição da coisa (até porque a ação de despejo nada mais é que ação de restituição – que supõe a desconstituição do contrato).

Se, no momento da venda, alguém, sem qualquer vínculo com o alienante, possuía a coisa, não será o caso, também, de pensar em ação de imissão na posse – mais uma vez pelo fato de que o possuidor não conferiu direito à posse algum ao adquirente. Nesse caso, porém, além de não ser possível a ação de imissão na posse, não havia relação contratual entre o alienante e o possuidor capaz de justificar uma ação de restituição que possa passar pela desconstituição do contrato.

Se não cabe ação de imissão na posse ou ação de restituição (ação de despejo, etc), não é possível deixar o adquirente desamparado, sem ação a propor. Como é óbvio, o adquirente, nessa situação, tem o direito de reivindicar a coisa daquele que a possui injustamente. Nesse caso, o réu poderá afirmar, por exemplo, que a propriedade não pertence ao autor, ou mesmo contestar alegando que existe contrato - firmado com o alienante - que ampara a sua posse, a qual, por essa razão, deve ser respeitada.

4.3 Distinção entre ação reivindicatória e ação de imissão na posse

Houve, por muito tempo, confusão entre ação reivindicatória e a ação de imissão. É que ambas são petições, e não possessórias.

A confusão entre essas ações deriva de dois pontos. Em primeiro lugar do fato de não se perceber que a ação reivindicatória compete ao proprietário (também ao condômino e ao enfiteuta) – pois se funda no domínio -, enquanto que a ação de imissão na posse tem como titular não apenas o adquirente, mas todo aquele que possui documento em que o alienante lhe outorgou o direito de se imitar na posse - uma vez que se baseia no direito à posse. Em segundo lugar da não percepção de que a imissão na posse é de cognição limitada, pois apenas permite que o réu se defenda alegando a ineficácia do documento que confere o direito à posse, enquanto que a ação reivindicatória é de cognição plena, nela não existindo qualquer restrição às alegações de defesa.

Cabe frisar, entretanto, que em determinadas hipóteses é cabível a ação de imissão de posse e a ação reivindicatória, dependendo o uso de uma ou outra da preferência do adquirente. Se o adquirente entender que é conveniente limitar a discussão somente ao direito à posse, estampado no contrato, deverá propor ação de imissão. Porém, se o seu entendimento for o de que a ação deve se fundar no domínio – e que assim não há razão para restrição da discussão -, deverá ser aforada ação reivindicatória. O adquirente possui o direito a ambas as ações. Além de poder se imitar na posse da coisa através da ação de imissão de posse, poderá, quando entender que deve se fundar no domínio, propor ação reivindicatória. A diferença é a de que, enquanto na ação de imissão somente é possível discutir o direito à posse, na ação reivindicatória se discute o domínio, e por isso as alegações de defesa são ampliadas²³. A partir de formada a coisa julgada material, diante da propositura da ação reivindicatória, não será mais possível discutir o domínio. A sua vantagem em relação à ação de imissão na posse, assim, será a de dar ao autor uma sentença que define a discussão em torno do domínio.

5 Ação de reintegração de posse

5.1 Ação fundada na posse

A ação de reintegração de posse, ao contrário das ações de imissão de posse e reivindicatória, não é petição, mas sim possessória.²⁴ A ação de reintegração de posse é fundada na posse, a ação reivindicatória no domínio e a ação de imissão no direito em documento que outorga o direito à posse.

Quando a posse é perdida em virtude de ato de agressão – chamado de esbulho -, surge, àquele que o sofreu, a ação de reintegração de posse, através da qual o autor objetiva recuperar a posse de que foi privado pelo esbulho.

5.2 Ação de reintegração de posse, ação de manutenção de posse e interdito proibitório

Como já disse a doutrina, "a distinção entre as ações possessórias de manutenção e reintegração faz-se segundo a intensidade da respectiva agressão à posse, visto que a ação de manutenção, como o próprio nome está a indicar, pressupõe que possuidor haja sido vítima de um simples incômodo no exercício da posse, sem todavia dela ser privado pelo ato do agressor. A manutenção terá, então, a função de assegurar o exercício de uma posse existente, apenas turbada pela atividade ilegítima de terceiro".²⁵

Com efeito, a diferença entre a ação de reintegração e a ação de manutenção tem íntima relação com a intensidade da agressão da posse. Para que alguém possa pedir reintegração, deve ter ocorrido a perda da posse – chamada de esbulho; porém, para que se possa exigir manutenção, basta o incômodo no exercício da posse – chamado de turbação (art. 926, CPC).²⁶

O problema, entretanto, não é tão simples assim. É preciso saber quando há, efetivamente, perda da posse. De acordo com o art. 1124 do CC, "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".

Os atos clandestinos, praticados na ausência do possuidor, não são suficientes para o ausente perder a posse. A coisa somente se considera perdida quando o ausente, tendo notícia da agressão, se abstém de retornar à coisa, ou, tentando recuperá-la, é violentamente repellido. A agressão praticada na ausência do possuidor não leva à perda da posse; o que conduz à sua perda é o abandono, ou mesmo violência impeditiva da sua recuperação.

O interdito proibitório, por sua vez, é conferido àquele que, temendo o esbulho ou a turbação iminentes, tem por objetivo impedir agressão à sua posse (art. 932, CPC). Para o cabimento do interdito possessório, o autor deve provar a probabilidade de iminente agressão à sua posse. Trata-se, assim, de ação nitidamente preventiva. Daí não ser de impressionar o fato de já ter sido confundida com a ação cautelar.

Essa ação, contudo, somente pode ser uma ação autônoma e, assim, de conhecimento, pois o possuidor, através dela, deseja apenas prevenção. Essa ação preventiva viabiliza tutela antecipatória e sentença que podem ordenar sob pena de multa (mandamentais). Ela somente foi confundida com a cautelar pelo fato de conter técnicas processuais (técnica antecipatória e sentença mandamental) que não estavam presentes no processo de conhecimento tradicional.

Atualmente, diante da percepção da importância da tutela preventiva dos direitos, e nessa linha da necessidade de o processo de conhecimento estar munido de técnicas processuais idôneas para viabilizá-la, não há mais como se confundir interdito proibitório com ação cautelar.

Agora, diante das técnicas processuais contidas no art. 461, que abriram as portas para uma ação de conhecimento preventiva – a ação inibitória²⁷ -, o interdito proibitório pode ser melhor compreendido, pois nada mais é que procedimento instituído para dar tutela preventiva à posse.

Porém, a revelação de que sempre existiu no CPC forma processual para se pedir tutela preventiva, independentemente do processo cautelar, permite ver que a legislação processual sempre esteve consciente de que a prevenção pode ser viabilizada por meio da ação de conhecimento, mas que a ideologia que rondava a lei jamais foi capaz de deixar transparecer a necessidade de tutela preventiva de direitos como os ligados à personalidade.²⁸

5.3 Amplitude da cognição do juiz na reintegração de posse

A amplitude da cognição do juiz na ação de reintegração de posse tem relação com as questões que podem ser debatidas pelas partes, e não com o procedimento cabível (especial ou ordinário).

É de se perguntar, então, qual é a matéria que pode ser discutida, e como se obriga à limitação da discussão, da cognição do juiz e da produção da prova na ação de reintegração de posse.

Nessa ação, a matéria a ser discutida deve ficar limitada ao conflito possessório, e assim as partes estão impedidas de alegar qualquer direito que pudesse ser invocado para a conservação ou a recuperação da coisa. Se a ação de reintegração de posse é ação que, fundada na posse, objetiva a recuperação da posse que se perdeu em virtude do esbulho – como está claro no art. 927 do CPC –, é evidente que o réu não pode se defender com base no domínio. O réu está proibido de apresentar defesa fundada em direito. Diante disso, como o juiz tem a sua cognição limitada ao que pode ser discutido pelas partes, torna-se impossível a produção de prova relativa à necessidade de elucidação de questão que não esteja aí contida.

5.4 Limites da cognição do juiz e procedimento aplicável

Os limites da discussão das partes – ou da cognição do juiz – na ação de reintegração de posse, não sofre qualquer alteração diante do procedimento aplicável (especial ou ordinário).

Isso é óbvio, pois a ação possessória não pode passar a permitir defesa fundada em domínio – e assim deixar de ser ação verdadeiramente possessória – apenas por não ter sido proposta dentro de ano e dia do esbulho. É o que diz, aliás, o art. 924 do CPC: "Regem o procedimento de manutenção e de reintegração de posse as normas da seção seguinte, quando intentado dentro de ano e dia da turbação ou do esbulho; passado esse prazo, será ordinário, não perdendo, contudo, o caráter possessório".

Como está claro, não é pelo fato de ter passado ano e dia que a ação de reintegração de posse passará a admitir defesa fundada em direito.²⁹ Se fosse possível discutir domínio após ter passado ano e dia, o decurso desse prazo não mais viabilizaria a defesa possessória. Portanto, o que muda, após ter passado ano e dia, é o fato de que não será mais possível o uso do procedimento especial estabelecido a partir do art. 926 do CPC.

5.5 Posse de mais de ano e dia e ação de reintegração de posse fundada no art. 461-A

Passado ano e dia não é mais possível invocar o procedimento especial estabelecido em favor da ação possessória (art. 926 e ss., CPC). Atualmente, porém, diante dos termos do art. 461-A, a reintegração de posse pode se valer da técnica antecipatória e da sentença de executividade intrínseca. É possível dizer, assim, que a reintegração de posse, ainda que já passado ano e dia, encontra no art. 461-A "forma processual" capaz de conferir-lhe efetividade.

Se não há dúvida de que a reintegração de posse requer, qualquer que seja o prazo decorrido do esbulho, sentença que dispensa ação de execução, alguma dúvida poderia existir em relação à oportunidade da técnica antecipatória quando já passado ano e dia .

Na ação de reintegração de posse, quando proposta dentro de ano e dia do esbulho, a tutela antecipatória pode ser concedida independentemente da afirmação de perigo. Como diz o art. 928 do CPC, "estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração; no caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando o réu para comparecer à audiência que for designada".

Para a concessão da antecipação da tutela, no procedimento especial, basta a presença dos requisitos do art. 927 do CPC, sendo dispensável a demonstração de perigo. O direito à reintegração de posse traz em si a urgência, a qual é presumida pelo legislador quando a ação é proposta dentro de ano e dia.³⁰ Entretanto, o legislador presumiu o contrário quando estabeleceu o não cabimento do procedimento especial no caso de esbulho praticado há mais de ano e dia.

Assim, quando a reintegração de posse for requerida depois de ano e dia, não será suficiente, para a obtenção da tutela antecipatória, apenas a prova dos requisitos do art. 927 do CPC.

Porém, isso não pode levar à conclusão de que, nesse caso, o autor jamais terá necessidade de tutela antecipada. Tudo dependerá das circunstâncias do caso concreto.³¹

Diante do procedimento do art. 461-A, será possível conceder tutela antecipatória se ficar evidenciada circunstância que conduzir à conclusão de urgência no deferimento da reintegração ou restar demonstrado motivo que tenha obstaculizado a propositura da ação no prazo de ano e dia.

Como está claro, a tutela antecipatória, depois de passado ano e dia do esbulho, exige a prova dos requisitos do art. 927 do CPC somada à prova de fato caracterizador de urgência.

5.6 Possuidor ausente e contagem do prazo de ano e dia

Como visto, para que o autor da ação de reintegração de posse tenha direito ao procedimento especial dos arts. 926 e ss., deverá demonstrar que o esbulho data de menos de um ano e dia. Como é natural, este prazo somente pode incidir após o conhecimento do esbulho.

A agressão possessória praticada sem o conhecimento do possuidor não é apta para gerar a abertura do prazo. Lembre-se de que os atos clandestinos, praticados na ausência do possuidor, não são suficientes para o ausente perder a posse. A coisa somente se considera perdida quando o ausente, tendo notícia da agressão, se abstém de retornar à coisa, ou, tentando recuperá-la, é violentamente repellido.

5.7 Atos preparatórios e consumação do esbulho

Para o efeito da contagem do prazo de ano e dia, é importante distinguir os atos preparatórios da consumação do esbulho. Se vários atos antecedem a consumação do esbulho, devem ser eles considerados preparatórios. Isto é, se o esbulho, para se caracterizar, exige a prática de uma série de atos – ditos então preparatórios -, o prazo de ano e dia deve ser contado a partir do último ato praticado.

5.8 Cumulação da reintegração de posse com perdas e danos, inibição de novo esbulho ou turbação e desfazimento de construção ou plantação feita em detrimento da posse

O art. 921 do CPC é claro ao admitir a cumulação do pedido possessório aos de i) perdas e danos, ii) inibição de novo esbulho ou turbação e iii) desfazimento de construção ou plantação feita em detrimento da posse.

O direito ao ressarcimento permite que o autor obtenha indenização pelo dano que sofreu e por aquilo que deixou de ganhar em virtude do esbulho. O pedido de inibição de novo esbulho ou turbação - que pode conduzir, segundo os termos do próprio art. 921, II, em "cominação de pena" - nada mais é que a aplicação da técnica mandamental para a inibição de novo esbulho ou turbação, ou seja, para dar tutela preventiva (inibitória) à posse.

O desfazimento de construção ou plantação já era viabilizado, mesmo antes da introdução do art. 461 no CPC, por meio de sentença executiva.³² Isso porque essa sentença, ao declarar o esbulho, declara a ilicitude do feito em detrimento da posse. Como é declarada a ilicitude da construção ou da plantação, não há o menor 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.

Atualmente, diante do art. 461, não há qualquer dúvida a respeito da possibilidade de o juiz determinar o desfazimento por intermédio de auxiliar do juízo. Além disso, também há a viabilidade de se ordenar o desfazimento sob pena de multa.

Em relação ao problema do desfazimento, porém, é lícito indagar: é possível compelir o esbulhador a pagar as despesas para o desfazimento? Ou seja, o esbulhador pode ser obrigado a custear o desfazimento, sem que assim seja necessário ao autor pagar as despesas e mais tarde propor ação de execução por quantia certa?

Em relação a questão parecida com essa, relativa a se saber se as custas necessárias para a reintegração, não pagas pelo esbulhador, poderiam ser executadas na própria relação processual possessória, assim escrevia Ovídio Baptista da Silva: "A ação de reintegração de posse é executiva, como veremos ao examinar o art. 928. Se -lo-á, todavia, também quanto à ordem (e não simples condenação) nela contida de que a reintegração se faça a custa do esbulhador? Ou seja, haverão de promover-se, na mesma relação do "processo de conhecimento", contra o esbulhador, as medidas processuais tendentes à obtenção do numerário capaz de cobrir essas despesas? Não cremos que isso seja possível. Tratando-se de cumprimento de obrigação de prestar quantia em dinheiro, não se poderá prosseguir, na relação processual de natureza interdital, sob a forma de execução por quantia certa, de modo a que o esbulhador seja compelido a pagar as despesas com a reintegração. Ou o autor vitorioso na ação de reintegração antecipa o valor desses encargos processuais, para cobrá-los em processo executório subsequente, ou teríamos de conceber a sentença proferida no interdito de reintegração como tendo, nesse ponto, eficácia mandamental, a permitir que o juiz, ao julgá-lo procedente, ordenasse desde logo ao esbulhador a prestação do valor das despesas. Não nos parece que o direito brasileiro haja chegado a isto".³³

Contudo, não há sentido em admitir o desfazimento de construções e plantações e se obrigar o vencedor a custeá-lo. Não há razão para se dar àquele que não tem direito – diante da sentença de procedência –, a possibilidade de se negar a pagar as despesas necessárias para a destruição da construção ou da plantação indevidamente realizadas. Isso seria o mesmo que admitir que o autor deve pagar pelo erro do réu. Ademais, é possível que o autor não tenha dinheiro para custear o desfazer, ou mesmo que não possa adiantar o dinheiro para se dar ao luxo de obtê-lo muito tempo depois, e sem os acréscimos próprios do mercado.

Nessa linha, e diante da consagração do uso da multa nos arts. 461 e 461-A do CPC, é correto admitir que o juiz, mesmo que de frente ao procedimento especial de reintegração de posse, possa determinar ao esbulhador o pagamento das despesas necessárias ao desfazimento, sob pena de multa.

Anote-se, por outro lado, que o desfazimento da construção ou da plantação não tem sentido quando gerar ônus para o réu, sem trazer utilidade alguma para o autor, ou pior, quando puder implicar na retirada de vantagem ao próprio autor. O desfazimento deve ocorrer apenas quando necessário para impedir que o autor sofra prejuízo. Diante das circunstâncias do caso concreto, esse prejuízo deve ser justificável em face do ônus que o desfazimento puder acarretar.

*Professor titular de Direito Processual Civil dos cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado da UFPR, mestre e doutor em Direito pela PUC/SP, pós-doutor pela Universidade de Milão, advogado em Curitiba, ex-procurador da República

MARINONI, Luiz Guilherme. Ações para obtenção de coisa (art. 461-a do CPC). Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8844>. Acesso em 24 nov. 06.