

Da ação de reintegração de posse e da imissão na posse

MÍLTON SANSEVERINO

Juiz do Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo

É sabido que a chamada "ação de imissão na posse", apesar do nome que ostenta, em verdade nada tem de possessória, sendo, isto sim, de natureza dominial, ao contrário da reintegração de posse, esta sim medida de caráter genuinamente possessório.

Apesar de não prevista expressamente no atual Código de Processo Civil, a imissão na posse continua presente no sistema do direito positivo brasileiro, segundo entendendo hoje virtualmente unânime. O seu procedimento será o comum e, dependendo do valor da causa, poderá ser ordinário ou sumário.

Desse modo, aquele que, tendo domínio ou propriedade e jamais tendo tido posse (direta), mas desejando obtê-la, não pode fazer uso, validamente, da ação de reintegração de posse, já que não pode recuperar aquilo que nunca teve. Deve, pelo contrário, lançar mão da ação de imissão na posse, que é reservada pelo ordenamento jurídico positivo pátrio, precisamente, àquele que, tendo adquirido a propriedade, nunca chegou a ter posse, mas quer tê-la.

É muito comum, na prática, ocorrerem lamentáveis equívocos a esse respeito, os quais, uma vez perpetrados, se tornam insanáveis ou intransponíveis, tendo em vista a ligação direta desse assunto com as condições da ação. É que, proposta a ação inadequada, o autor dela será carecedor por falta de interesse processual, devido à inadequação da via eleita, dando causa, com isso, à extinção do processo sem julgamento do mérito na forma do art. 267, I e VI, conjugados, do CPC, c.c. o art. 295, *caput*, III, do mesmo diploma legal.

Essa foi, não por acaso, a matéria que a C. Terceira Câmara do E. Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo teve ocasião de enfrentar no julgamento da ap. c/rev. nº 423 567-0/7, de São Bernardo do Campo, onde, como Relator sorteador, tive oportunidade de assinalar o seguinte (ao proferir o voto nº 958 em sessão de 21.6.94, v.u):

"I - Relatório

Cuida-se de apelação interposta contra r sentença que, em processo de conhecimento decorrente da propositura de ação de reintegração de posse, rejeitou preliminar de carência da ação por ilegitimidade de parte ativa *ad causam* e por inadequação da via eleita, argüida pelos réus, ora apelantes, na contestação, e, no mérito, julgou procedente o pedido formulado na inicial, reintegrando a autora na posse do imóvel ali mencionado e condenando a parte passiva a arcar com os ônus do sucumbimento (fls. 171/175).

Os réus, inconformados, apelaram. Insistem na preliminar de carência da ação por inadequação da via eleita, devido ao fato de a autora jamais ter tido posse direta anteriormente ao contrato de comodato celebrado pelas partes, não podendo, assim, transferir contratualmente algo que não tinha, e, no mais, repetem igualmente os argumentos da contestação de fls 56/60, acabando por pedir o provimento do recurso e a reforma da r sentença apelada, se não for possível anulá-la, como pretendem (fls 178/180).

Recurso tempestivo, formalmente em ordem e regularmente processado. Contra razões às fls 183/184. Preparo às fls. 187. Ficado adorado, no restante, o relatório da r sentença apelada.

II - Fundamentação

Procede a pretensão recursal. Não é caso, todavia, de anular o provimento jurisdicional de primeiro grau, que, apesar de substancialmente injusto com os réus, se apresenta formalmente em ordem, satisfazendo todos os requisitos intrínsecos e extrínsecos redados por lei, em particular aqueles exigidos pelo art 458 do CPC. Configura-se, por conseguinte, hipótese de reforma do ato atacado (pelos fundamentos adiante expostos) e não de sua anulação (cf a resp, de minha autoria, "Sentença Declaratória de Carência da Ação: validade e eficácia", in RF 325/75, item VI).

Com efeito: é manifesta, *data venia*, a impossibilidade de deferir-se reintegração de posse a quem jamais a teve, razão assistindo aos apelantes neste ponto. Afinal, quem nunca teve posse direta (tendo apenas a indireta, por força de aquisição do domínio do imóvel dado em comodato) obviamente nela não pode ser reintegrado.

O prefixo "re" indica repetição, ou seja, uma nova integração na posse, o que faz pressupor, necessariamente, posse antecedente ou posse pré-existente (posse direta, naturalmente = poder de fato sobre a coisa ou relação direta com esta última, decorrente de contato físico com ela, consoante notado com propriedade na r. decisão de fls. 44, onde está dito, judiciosamente, que "posse é estado de fato antes de o ser de direito" - sem destaque no original; assim é, efetivamente, segundo a clássica lição de Clóvis, na lapidária e abalizada referência de W de Barros Monteiro, in "Curso de Direito Civil", Saraiva, São Paulo, 1984, 23ª ed., 3ª vol., pág. 21, segundo tópico; v. tb., a resp, Cato Máio da Silva Pereira, "Instituições de Direito Civil", Forense, Rio, 1981, 4ª ed., vol IV, págs 13/14; Adroaldo Furrado Fabrício, "Comentários ao CPC", Forense, Rio, 1980, vol VIII, tomo III, n° 311, pág. 470).

Ora, inexistindo posse (direta) anterior por parte da autora, como adiante se verá, na hipótese *sub iudice* era e é semântica, lógica, fática e juridicamente impossível falar em reintegração de posse por absoluta ausência de requisito ou de pressuposto basilar, rigorosamente imprescindível a essa medida, qual seja a posse (direta ou fática) antecedente (cf a resp., dentre outros, Adroaldo F. Fabrício, "Comentários" citis, vol. VIII, tomo III, n° 311, pág. 470; Humberto Theodoro Júnior, "Posse e Propriedade - Jurisprudência", LEUD, São Paulo, 1985, pág. 227, n° 86 [2ª subemmental], pág. 298, n° 124 [1ª subemmental], pág. 323, n° 137, e, pág. 331, n° 141).

Caso típico, em verdade, de Imissão na posse (que, apesar do nome, envolve pretensão dominial e não possessória) e não de reintegração de posse (cf, neste sentido, Gildo

dos Santos, "As Ações de Imissão na Posse e Cominatórias", J Bushatsky Edit., São Paulo, 1977, 2ª ed., págs 37/40 e 51/53; v. tb., do mesmo autor, "Imissão na Posse - Aspectos Processuais", in "Posse e Propriedade", Coord de Yusséf Said Cahali, Saraiva, S.Paulo, 1987, pág. 445, n° 2; e pág. 449, n° 4. Cf, outrossim, Adroaldo F. Fabrício, ob., vol. e tomo citis., págs. 469/470, n° 311, início).

Como lembra com argücia e pertinência Vicente Greco Filho, em passagem lapidária, "Para fins de adequação da ação... é indispensável distinguir entre o direito DE posse (*jus possessionis*) e o direito A posse (*jus possidendi*). O primeiro é o direito de exercer as faculdades de fato sobre a coisa; o segundo é o direito de ser possuidor. Este é o pressuposto daquele, mas na Ação Possessória discutir-se-á, APENAS, o direito dos Poderes de Fato sobre a coisa. Se se pretende a declaração judicial do direito à posse "A ação não é possessória, mas petítória." Por isso é que o Código eliminou do rol das possessórias a ação de imissão na posse, que era, e é, porque permanece possível em procedimento ordinário, petítória de posse" (in "Direito Processual Civil Brasileiro", Saraiva, São Paulo, 1994, 8ª ed., vol. 3, n° 571, pág. 220).

E, mais adiante, acrescenta: "Se o autor nunca teve a posse, seu pedido não pode ser possessório; deve ser petítório" (ob. e vol citis., pág. 223), devendo ingressar com ação reivindicatória ou de imissão na posse, conforme o caso (sem esquecer que, na atualidade, esta última pode ser tida como uma peculiar modalidade da primeira, segundo alguns - cf., e.g., Adroaldo F. Fabrício, ob., vol. e tomo citis., n° 15, pág. 36, nota 40).

Claro que a autora poderia ter recebido a posse (direta) de sua antecessora, via título aquisitivo do domínio, o que, em tese, seria perfeitamente cogitável, como esclarece, com precisão e objetividade, Vicente Greco Filho em oportunas e judiciosas considerações (in ob. e vol citis., n° 57.2, págs. 223/224), mas isso neste caso não se deu por razões que serão apontadas a seguir. Dai dizer-se que a medida de caráter possessório, nesta hipótese, se revela totalmente imprópria ou inadequada, determinando a carência da ação.

Tanto que, a teor do art 927, I, do CPC, a primeira coisa que o autor da ação de reintegração de posse deve fazer é provar a posse (direta). Ora, como provar uma coisa que nunca teve? No caso, ademais, tal prova, sobre ser fática e juridicamente impossível (sob pena de grave distorção ou de deturpação da realidade), nem era exigível no caso concreto (exatamente por isso, já que *ad impossibilia nemo tenetur*), porquanto a ausência de posse anterior por parte da autora desta ação de reintegração, embora não exsurja nítida ou incontestável a partir da simples leitura da inicial, sem dúvida transparece límpida e cristalina ao cabo da instrução, sendo sólida e indubitavelmente confirmada pelos categoricos, harmônicos e convincentes depoimentos testemunhais de fls. 133/135.

Fica claro, assim, que a ação proposta era e é de fato manifestamente inadequada, tanto quanto inadequada ou imprópria era e continua sendo a espécie de tutela jurisdicional almejada, sendo a apelação dela carecedora, conseqüentemente, por falta de interesse processual (cf, a resp., Cintra Grinover e Dinamarco, "Teoria Geral do Processo", RT, S. Paulo, 1991, 8ª ed., pág. 230; v. tb. Calmon de Passos, "Comentários ao CPC", Forense, Rio, 1989, 6ª ed., vol. III, pág. 269, n° 174.1; Vicente Greco Filho, ob. cit., 1994, 9ª ed., vol. 1, n° 14.2, págs. 81, in fine, e 82; etc.).

A jurisprudência tem entendido, não se ignora, que "a ação própria contra comodatário que, constituído em mora, não entrega a coisa, é a reintegração de posse" (RF 293/269). Assim é, efetivamente, como regra geral ou em linha de princípio; mas isso ocorre, é intuitivo, quando o comodante já teve posse direta. Porque, do contrário, a ação própria é a imissão na posse e não a reintegratória (v. neste sentido, exemplificativamente, RT 469/66; 495/185; etc.).

E por uma razão muito simples: é que a reintegração de posse supõe, necessariamente, a prática de esbulho possessório por alguém em detrimento do possuidor direto (i.e., daquele que se achava na posse fática ou física antes de ser esbulhado) ou do possuidor

indireto (quando este já tivera posse direta e a ceder a alguém, conservando apenas a indireta ou jurídica). Afinal, como ensina Humberto Theodoro Júnior, "por esbulho deve-se entender a injusta e total privação da posse, sofrida por alguém que a vinha exercendo" ("Curso de Direito Processual Civil", Forense, Rio, 1994, 8ª ed., vol. III, nº 1.296, pág. 140).

Ou, como diz Ernane Fidélis dos Santos, no esbulho há perda total da posse ("Manual de Direito Processual Civil", Saraiva, S. Paulo, 1994, 3ª ed., vol. 3, nº 1.656, pág. 41). Ora, é evidente que só se pode perder aquilo que se tem ou, no máximo, aquilo que já se teve, isto é, a relação de fato com a coisa possuída. Ninguém pode perder aquilo que nunca teve, como é óbvio.

Logo, se alguém adquirir a propriedade de um bem, sem jamais ter tido sua posse direta (tal qual sucede aqui), a configuração do esbulho é algo juridicamente impossível, exatamente porque o novel proprietário jamais poderia ser privado daquilo que nunca teve, ou seja, da posse direta. É por isso, inclusive, que a notificação destinada a constituir em mora o suposto esbulhador na verdade é inoperante nessa hipótese, visto não ter o poder de converter a posse indireta em direta ou de conferir posse direta a quem jamais a teve.

Na hipótese de comodato, em decorrência, para que se possa cogitar de notificação válida e eficaz, e, por conseguinte, de configuração de esbulho e de constituição em mora do esbulhador, é indispensável que o comodante tenha tido e cedido a posse direta, conservando consigo apenas a indireta. É por isso que o possuidor indireto (proprietário) só faz jus à proteção possessória, por meio da ação de reintegração de posse (direta), quando a tenha tido e cedido a alguém; vale dizer: quando tenha cedido temporariamente a posse direta (Ernane Fidélis dos Santos, ob. e vol. cit., nº 1.655, pág. 41).

No caso, como a comodante do imóvel em discussão jamais havia tido a posse direta, nem a havia cedido - por isso mesmo - aos comodatários, uma vez que estes últimos, segundo os depoimentos testemunhais de fls. 133/135, se encontravam na posse direta do imóvel muito antes de sua aquisição pela autora (em 20/12/83 - v. fls. 40) ou por sua antecessora (em 8/79 - v. fls. 39), já que ali estão há mais de trinta e cinco anos, segundo o depoimento da testemunha Benedito Feliciano da Silva (fls. 135), que, sobre não ter sido contraditada ou de qualquer forma impugnada pela parte contrária, teve sua versão confirmada, no substancial, pelos outros depoimentos testemunhais (fls. 133 e fls. 134), translucido e indelével se afigura, diante disso, que a apelada não cedeu a posse direta a quem quer que seja, pelo simples e bom motivo de não ter, nem nunca ter tido Quem tinha a posse direta, de longa data, eram os comodatários. Há muito tempo Isto está cabalmente demonstrado nos autos.

Nenhuma evidência existe, em contrapartida, por mais superficial ou tênue que seja, de que os proprietários anteriores (antecessores da autora, ora apelada), tenham tido, algum dia, a posse direta do imóvel em questão e de que esta, em decorrência, lhe pudessem ter sido transferida com o ato translativo do domínio. Nenhuma prova foi produzida nesse sentido. Logo, a autora - ora apelada - não podia perder o que não tinha, nem pode agora recuperar aquilo que não cedeu, nem perdeu.

Donde a manifesta inadequação ou impropriedade da ação proposta, pois a rigor não chegou a se caracterizar o propalado esbulho possessório. A iniciativa da apelada acaba desembocando, assim, na carência anteriormente assinalada, em virtude da qual o presente processo deve ser extinto sem julgamento do mérito na forma do art. 267, VI, do CPC, cabendo inteira razão aos apelantes neste aspecto. Torna-se desnecessário, diante disso, examinar os demais fundamentos do apelo, que, destarte, restam prejudicados.

E de nada vale argumentar aqui, é bem de ver, com o fato de na escritura pública de fls. 36/37 haver alusão à transferência de "toda posse, jus, domínio..." etc., como faz a sentença recorrida. Em primeiro lugar porque através dessa escritura a apelada nada mais

fez que adquirir a outra metade ideal do imóvel (do qual já era proprietária de metade) à sua então condômina Lab Empreendimentos e Participações Ltda., que também jamais teve posse direta do mencionado imóvel (tanto quanto a autora da presente ação), consoante se extrai dos depoimentos testemunhais retro-referidos em confronto com as datas da citada escritura e do respectivo registro imobiliário.

E, em segundo lugar, porque, sendo assim, a posse mencionada na aludida escritura só poderia ser, forçosamente, a única existente e, como tal, integrada ao patrimônio jurídico da vendedora ou transmitente, isto é, a posse indireta (que é, sabidamente, sinônimo de domínio ou de propriedade; na espécie, de propriedade), jamais a direta, que, de conformidade com o exposto, ela nunca chegou a ter, tanto quanto a autora, ora apelada, não podendo aquela, desse modo, transferir a esta algo que não tinha, a toda evidência.

Donde a inadequação da via eleita e, pois, a carência da ação por falta de interesse processual, por isso que o eventual direito à posse não corresponde - nem pode corresponder - à ambicionada tutela possessória, que requer, sabidamente, relação fática ou física com a coisa (cf., a resp., Ovídio A. Baptista da Silva, "A Ação de Imissão de Posse no Direito Brasileiro Atual", Saraiva, S. Paulo, 1981, nº 8.5.1, pág. 144, 1ª parágr., parte final).

III - Dispositivo

Isto posto, dou provimento ao recurso para, reformando integralmente a r. sentença apelada, declarar - como declaro - a autora carecedora da ação por falta de interesse processual, extinguindo o processo sem julgamento do mérito, conseqüentemente, na forma do art. 267, VI, do CPC, invertidos os ônus da sucumbência.

É o meu voto.

Milton Sanseverino, Relator"

Vê-se, por aí, o quanto é importante ter bem presentes essas noções fundamentais, que, em casos como esse, ajudam o autor a não errar, facilitando a tarefa do julgador, e, com isso, propiciando não só um resultado favorável àquele que efetivamente tem razão mas, principalmente, permitindo uma oferta mais célere da prestação jurisdicional de mérito e, pois, um ágil equacionamento do litígio, como é desejável a fim de que se realize no caso concreto, sem maiores delongas, aquela parcela de pacificação social a que todos aspiram e para a qual o processo pode servir de poderoso instrumento (desde que, é claro, seja adequadamente utilizado).