

## **AÇÕES PARA OBTENÇÃO DE COISA (ART. 461-A DO CPC)**

**LUIZ GUILHERME MARINONI**  
**PROFESSOR TITULAR DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL DA UFPR. ADVOGADO**  
**EM CURITIBA E EM BRASÍLIA**

### *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 imitar 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 posse<sup>1</sup> e, por isso, requer prova de que esse direito existe.<sup>2</sup> 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

---

<sup>1</sup> Ovídio Baptista da Silva, *A ação de imissão de posse*, São Paulo, Saraiva, 2001, p. 157 e ss.

<sup>2</sup> “Possessória – Imissão na Posse – Bens móveis – Cabimento da ação contra o alienante – *Necessidade, todavia, da prova do direito sobre a coisa cuja posse se reclama ...*” (RT, 303/329).

posse. Assim, tal ação somente será oportuna, no caso de coisa móvel, quando a posse *concreta* do bem não houver sido entregue.<sup>3</sup>

## 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.<sup>4</sup>

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”.<sup>5</sup>

No caso de entrega de coisa defeituosa (inconformidade material), o credor poderá pedir i) sanção do vício<sup>6</sup> - mediante ordem de fazer sob pena de multa - , ii) substituição do produto -

---

<sup>3</sup> “A se dispensar quem ingresse em juízo, para haver a posse de coisa móvel, *da prova de que já se lhe fez a tradição* (como quer a agravante), *a ação de imissão de posse se transformaria em meio de se alcançar judicialmente o cumprimento de toda e qualquer obrigação meramente contratual de entrega, cujo absurdo parece ocioso salientar*” (RT, 303/331).

<sup>4</sup> João Calvão da Silva, *Compra e venda de coisas defeituosas*, Coimbra, Almedina, 2002, p. 28-32.

<sup>5</sup> João Calvão da Silva, *Compra e venda de coisas defeituosas*, cit., p. 39.

<sup>6</sup> Lembre-se que, de acordo com o art. 18 do CDC, o consumidor, no caso de vício do produto, pode exigir a substituição das partes viciadas, usando para tanto os prazos do art. 26. Não sendo atendida a reclamação no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor optar entre: I - a substituição do produto por outro da mesma

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*”.<sup>7</sup> 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*”.<sup>8</sup>

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.<sup>9</sup> 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.

---

<sup>7</sup> João Calvão da Silva, *Compra e venda de coisas defeituosas*, cit., p. 58.

<sup>8</sup> João Calvão da Silva, *Compra e venda de coisas defeituosas*, cit., p. 58.

<sup>9</sup> “Com efeito, obter a reparação ou substituição da coisa é realizar especificamente o próprio direito do comprador à prestação originária, isenta de vícios, que lhe é devida. É, portanto, o meio de remover uma antijuridicidade, de suprimir o próprio ilícito – fonte ou não de danos –, atacando o mal pela raiz, inconfundível com o ressarcimento em forma específica que, sabemos-lo bem, opera no quadro da responsabilidade civil sobre o dano resultante do ilícito cometido pelo devedor, ao não cumprir exatamente a prestação a que está vinculado. Assim, e a título ilustrativo, se o comprador de um automóvel novo detecta, logo nas primeiras viagens, alguns defeitos, como barulhos ou desvio na direção, não se contesta que tem o direito à sua eliminação, apesar de não causarem ou não terem causado prejuízos, como também se lhe reconhecerá o direito à reparação mais o direito à indenização se os houver, tendo a substituição da prestação imperfeita e a eliminação dos defeitos por direito ao exato cumprimento”.(João Calvão da Silva, *Compra e venda de coisas defeituosas*, cit., p. 57).

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 interessar<sup>10</sup>. 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

---

<sup>10</sup> “Opera, pois, a ação de reparação ou substituição da coisa, nos limites do (ainda) possível, útil e desejado cumprimento (retardado) da originária prestação devida, que dá satisfação específica ao primário interesse do comprador. Isto posto, porque a ação, corolário do crédito – melhor, da medula do crédito, o direito ao cumprimento - , é possível enquanto o adimplemento for possível, o credor tem o direito de agir judicialmente, exigindo a realização mesmo que tardia da entrega de coisa isenta de defeitos – pontualidade ou conformidade do cumprimento – pela eliminação dos vícios ou substituição da coisa, *independentemente de culpa do vendedor. A culpa constitui questão relevante para valorar a conduta do vendedor e para a reparação do dano, mas não já para a ação de cumprimento.* O direito do credor de exigir o cumprimento da obrigação, perseguindo a legítima satisfação do seu interesse pela realização possível, em espécie, da prestação devida, não depende de culpa do devedor. Neste sentido, a ação de cumprimento assemelha-se aos meios dirigidos à reintegração de direito absoluto – v.g. ação de reivindicação (art. 1311º e segs) -, que também prescindem da culpa ou da imputabilidade ao violador. *Imputável ou não, o atraso no cumprimento ou o cumprimento imperfeito da obrigação de entrega da coisa não impede o comprador de exercer o direito ao cumprimento, exigindo a ainda possível entrega da coisa conforme ao contrato ou a sua reparação/substituição para fazer desaparecer o vício e obter o adimplemento perfeito com satisfação in natura do seu primário e perdurante interesse.* Assim como um impedimento inculpável da entrega da coisa pelo vendedor não pode precluir o comprador de obter judicialmente a prestação devida, ainda possível, assim também a entrega de coisa defeituosa, com desconhecimento sem culpa da desconformidade pelo primeiro, não deve impedir ao segundo a satisfação in natura mediante a reparação ou substituição” (João Calvão da Silva, *Compra e venda de coisas defeituosas*, cit., p. 60-61). Ver, ainda, João Calvão da Silva, *Estudos de Direito Civil e Processo Civil (Pareceres)*, Coimbra, Almedina, 1999, p. 114 e ss.

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 contrato<sup>11</sup>. 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 consequência 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*”.<sup>12</sup>

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

---

<sup>11</sup> João Calvão da Silva, *Compra e venda de coisas defeituosas*, cit., p. 37.

<sup>12</sup> João Calvão da Silva, *Compra e venda de coisas defeituosas*, cit., p. 38.



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 petítória, 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.<sup>13</sup> 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.<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1977, t. 13, p. 166.

<sup>14</sup> O contrato de promessa de compra e venda “é incapaz de gerar a pretensão à imissão na posse do imóvel objeto do ajuste. Mesmo a inscrição, em registro de imóvel, de cláusula contratual que legitime a adjudicação compulsória, nada acrescenta em termos de legitimidade para a demanda de imissão de posse. A existência ou não de cláusula de arrependimento também é irrelevante para determinar o cabimento ou não da ação. A

O STJ, além de já ter decidido que “não é necessário o registro para o ingresso da ação petítória de imissão de posse”<sup>15</sup>, 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*”.<sup>16</sup>

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.<sup>17</sup> 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

---

*pretensão à imissão na posse nasce ao promitente-comprador se o contrato lhe der direito a imitir-se na posse, o que poderá ocorrer quaisquer que sejam as cláusulas do ajuste, e mesmo que este reserve às partes o direito de arreperderem-se” (Ovídio Baptista da Silva, A ação de imissão de posse, cit., p. 180)*

<sup>15</sup> STJ, 3ª. Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Resp 259711/SP, DJ de 18.06.2001.

<sup>16</sup> STJ, 4ª. Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, Resp 93015/PR, DJ de 29.10.96.

<sup>17</sup> “Embora seja exata a limitação quanto à legitimação passiva dos terceiros àqueles que detenham a coisa em nome do alienante, podem se dar casos em que o terceiro não seja um simples detentor, mas tenha o título de sua posse derivada do alienante. Isto poderá ocorrer quando, durante o processo, tornada litigiosa a coisa, venha o demandado a outorgar posse contratual a algum terceiro. Incluem-se, igualmente, nesta classe de possuidores - e não simples detentores, em posição de dependência em relação ao possuidor, como se daria na chamada ‘detenção dependente’ ou doméstica -, os depositários, a que há pouco aludimos ao tratar da imissão de posse concedida aos arrematantes e adjudicatários” (Ovídio Baptista da Silva, *Curso de processo civil*, v.2, São Paulo, RT, 2000, p. 244).

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.<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> Como já decidiu o STJ, não estando a petição inicial acompanhada dos documentos indispensáveis, “deve o juiz determinar o suprimento, e não indeferir de plano a inicial” (Revista do Superior Tribunal de Justiça, v. 100, p. 197)

### *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.<sup>19</sup> Sublinhe-se 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,<sup>20</sup> 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,<sup>21</sup> 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.*

---

<sup>19</sup> “O que a 2ª. Turma fez foi atribuir força de coisa julgada material à decisão, no tocante ao domínio do autor; mas o domínio não foi declarado no julgamento, - o que foi declarado foi o direito à posse” (Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 13, cit., p. 529).

<sup>20</sup> Ovídio Baptista da Silva, *A ação de imissão de posse*, cit., p. 173.

<sup>21</sup> Tanto é verdade que o CPC de 1939 limitava expressamente a contestação do réu à alegação de ineficácia do documento produzido pelo autor (art. 383, CPC de 1939).

## 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.<sup>22</sup>

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.*

---

<sup>22</sup> Ovídio Baptista da Silva, *Curso de Processo Civil*, v. 2, cit., p. 219 e ss.

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 petitórias, 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 ampliadas*<sup>23</sup>. 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 petítória, mas sim possessória.<sup>24</sup> 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

---

<sup>23</sup> Ovídio Baptista da Silva, *A ação de imissão de posse*, cit., p. 156.

<sup>24</sup> Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 13, cit., p. 166.

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”.<sup>25</sup>

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 turbção* (art. 926, CPC).<sup>26</sup>

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 turbção 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*

---

<sup>25</sup> Ovídio Baptista da Silva, *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo, Ed. RT, 2000, v. 13, p. 243.

<sup>26</sup> “Turbar não é só perturbar, ou conturbar, é praticar qualquer ato, ou deixar que ocorra qualquer fato, que retire à posse a extensão, ou interesse ou a eficiência ou a tranqüilidade. Esbulhar é espoliar, tirar, no todo ou em parte, o que outrem possui” (Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 13, cit., p. 277).



*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 inibitória*<sup>27</sup> -, 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.*<sup>28</sup>

### *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.

---

<sup>27</sup> Ver Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela inibitória*, 3ª. ed, São Paulo, RT, 2003..

<sup>28</sup> Ver Sérgio Cruz Arenhart, *A tutela inibitória da vida privada*, São Paulo, RT, 2000.

#### 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.<sup>29</sup> *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,

---

<sup>29</sup> “A alusão à ordinariade que o legislador brasileiro fez tanto na lei civil como agora no Código de Processo Civil poderá induzir em erro. As ações possessórias são especiais, sob o ponto de vista formal, em oposição às ações ordinárias, mas são igualmente *sumárias*, sob o ponto de vista material, quer se processem pelo rito especial, quer se submetam ao rito ordinário. Daí a alusão feita pelo legislador de que a ordinariade não lhes retira o caráter de ações exclusivamente possessórias, nas quais as alegações e defesas devem referir-se exclusivamente à posse e não ao ‘direito de possuir’. Isto significa dizer que nas ações possessórias, mesmo quando sejam propostas depois de ultrapassado o prazo de ano e dia da consumação da agressão à posse, o demandado não poderá valer-se de qualquer defesa fundada em direito, permanecendo, portanto, limitado o campo de cognição do juiz exclusivamente às questões de natureza possessória. A transformação procedimental não causa nenhuma alteração na extensão da matéria com que o demandado poderá defender-se, nem permite que o demandante se apóie em qualquer outro fundamento que não seja, exclusivamente, a sua posse e a agressão contra a mesma praticada pelo réu. Teremos então, neste caso, um procedimento ordinário a veicular uma *ação (materialmente) sumária*” (Ovídio Baptista da Silva, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 13, São Paulo, RT, 2000, p. 232).

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 e 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.<sup>30</sup> *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.*<sup>31</sup>

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.

---

<sup>30</sup> “O prazo de ano e dia está consignado pelo direito brasileiro desde as Ordenações e tem suas raízes no direito romano” (Ovidio Baptista da Silva, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 13, cit., p. 267).

<sup>31</sup> Como já decidiu o STJ, “em relação à posse de mais de ano e dia (posse velha), *não se afasta de plano a possibilidade da tutela antecipada, tornando-a cabível a depender do caso concreto*” (STJ, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Resp 201.219-ES, julgado em 25.06.2002). No mesmo sentido o 1º TACivSP: “Tutela antecipatória – Possessória – Presença dos requisitos elencados no art. 273 do CPC – Admissibilidade da antecipação, pois baseada na evidência. É possível a tutela antecipatória em ação possessória, pois esta deve ser tratada como qualquer outra ação ordinária, em que se admite, desde que presentes os requisitos legais, a antecipação baseada na evidência, conforme dispõe o art. 273 do CPC” (TACivSP, 12ª. CC, Rel. Juiz Campos Mello, Agravo de Instrumento 718.150-4, julgado em 14.11.1996).

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.<sup>32</sup> 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

---

<sup>32</sup> Já dizia Ovídio Baptista da Silva: “Resta saber qual a eficácia da sentença quanto ao pedido de desfazimento de construções ou plantações feitas em detrimento da posse que o art. 921, III, permite que venha cumulada à ação possessória. Esse tipo de pedido normalmente gera ação condenatória, de modo que a execução se faça segundo as disposições relativas à execução para cumprimento das obrigações de fazer (arts. 632-638, CPC). *Mas pode-se concebê-lo também como pretensão executiva, caso em que a sentença, em vez de simplesmente condenar o esbulhador a desfazer as obras construídas em prejuízo da posse do autor, ordenará desde logo – como eficácia imediata do ato sentencial – o desfazimento das construções e plantações, no próprio processo que, não fora este componente executivo, seria de conhecimento, sem necessidade de nova citação e sem que se abra um processo executório independente*” (Ovídio Baptista da Silva, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 13, cit., p. 210).

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*”.<sup>33</sup>

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.*

Além disso, também será possível, seja em face do procedimento especial de reintegração de posse ou do procedimento do art. 461-A, que o juiz, diante da cumulação dos pedidos de reintegração de posse e perdas e danos, entenda, em determinado momento, que o processo deva prosseguir somente para permitir a elucidação das perdas e danos. Neste caso, caberá aplicar o novo §6º do art. 273 do CPC,<sup>34</sup> que objetiva concretizar o direito à tempestividade da tutela jurisdicional, o qual é completamente incompatível com um procedimento que, apesar da evidência de parcela do direito, obriga o cidadão a esperar pelo término da instrução necessária para o esclarecimento da outra parcela do direito.

---

<sup>33</sup> Ovídio Baptista da Silva, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 13, cit., p. 211.

<sup>34</sup> Ver Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela antecipatória e julgamento antecipado*, 5ª. ed., São Paulo, RT, 2003.

### 5.9 Duplicidade da ação de reintegração de posse

De acordo com o art. 922 do CPC, “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 cometidos pelo autor”.

Como se vê, esse dispositivo permite que o réu, na própria contestação – e assim sem a necessidade de reconvenção – possa se voltar contra o autor, demandando proteção possessória e indenização. Trata-se de viabilizar a apresentação de duas espécies de ações na própria contestação.

No que diz respeito à ação de reintegração de posse, o réu, em sua contestação, pode demandar manutenção, alegando que a posse era sua e, assim, que sofreu turbação - ou mesmo esbulho, embora já tenha retomado a posse de “mão própria”. Diante disso, pode ainda postular indenização pelos danos sofridos.

Embora o réu possa apresentar ação na própria contestação - dispensando-se a reconvenção -, é necessário que ele afirme e prove os seus direitos à proteção possessória e à indenização. Como diz Pontes de Miranda, “a duplicidade somente pode haver se for alegado e provado da parte do réu que tinha posse (...) Não se dispensam de modo nenhum a alegação e a prova, como se a duplicidade fosse *de iure*, o que não está nos princípios”.<sup>35</sup>

### 5.10 Ação do detentor

De acordo com o art. 1.198 do CC, “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. Parágrafo único. Aquela que começou a comportar-se do modo como prescreve este artigo, em relação ao bem e à outra pessoa, presume-se detentor, até que prove o contrário” (detenção dependente). Além disso, aludindo a outra espécie de detenção – chamada de detenção interessada -, diz o art. 1.208 do CC que “não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou clandestinidade”. Essa última espécie de detenção não é considerada *dependente* – como é a dos funcionários públicos em relação aos objetos que utilizam (pertencentes à administração pública) -, mas sim *interessada*, pois aí não existe subordinação entre o detentor e o possuidor.

---

<sup>35</sup> Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 13, cit., p. 197.

O detentor *dependente* não tem direito aos interditos possessórios. Porém, o mesmo não ocorre em relação ao detentor que ocupa a coisa no seu próprio interesse. Suponha-se o detentor que passou a ocupar a coisa clandestinamente. Seria adequado deixar de conferir-lhe proteção possessória contra a violência de terceiro? Se não há procedência em sustentar que o detentor pode pedir proteção possessória contra o possuidor (vítima da detenção), nada deve impedir que o detentor seja tutelado em face de terceiros.

Segundo o art. 1.211 do CC, “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*”. Essa norma - embora fale de proteção “provisória” - consagra a possibilidade de se dar tutela possessória (não apenas interinal ao processo possessório) ao detentor – desde que não seja “manifesto” que obteve a coisa da outra parte “por modo vicioso”.

### 5.11 Comosse

Outra questão interessante é a da comosse. A comosse nada mais é que o exercício de posses simultâneas sobre coisa indivisa. De acordo com o art. 1.199 do CC, “se duas ou mais pessoas possuírem coisa indivisa, poderá cada uma exercer sobre ela atos possessórios, contanto que não excluam os dos outros compossuidores”.

A comosse costuma ser classificada em *localizada* (com exercício localizado) e *não localizada*. Quando a comosse é *localizada* - como se dá, por exemplo, em relação aos compossuidores que semeiam partes *localizadas* do imóvel -, o compossuidor pode postular proteção possessória contra terceiro ou contra outro compossuidor. A controvérsia poderia surgir em relação à comosse *não localizada*.<sup>36</sup> Porém, se não fosse possível ao compossuidor demandar proteção possessória contra terceiro ou contra outro compossuidor, a norma do art. 1.119 restaria letra morta. Se, de acordo com esse artigo, o compossuidor pode exercer sobre a coisa “atos possessórios, contanto que não excluam os dos outros compossuidores”, é evidente que ele pode postular a proteção possessória contra terceiro ou mesmo contra outro compossuidor que atente contra a sua posse.

Isso significa que o compossuidor - qualquer que seja a espécie de comosse – pode propor ação de reintegração de posse contra um terceiro ou outro compossuidor.

---

<sup>36</sup> Ovídio Baptista da Silva, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 13, cit., p. 260 e ss.



## 6 Ação de restituição e comodato

### 6.1 A extinção do comodato

O contrato de comodato pode ter prazo determinado ou não. O prazo determinado pode ter sido expresso no contrato *ou resultar da sua natureza e objetivo*. Como diz o art. 581, primeira parte, do CC, “se o comodato não tiver prazo *convencional, presumir-se-lhe-á o necessário para o uso concedido*”.

Se o prazo é *indeterminado*, o comodante pode colocar fim ao contrato a qualquer momento, sem ter que apresentar motivo, por meio da chamada *denúncia vazia*. Contudo, no caso em que o prazo do comodato é o que se presume necessário para o uso concedido, não há como admitir a denúncia vazia, justamente porque o contrato possui prazo determinado – e não indeterminado.

Nessa hipótese, ou melhor, em qualquer situação em que o contrato possui prazo *determinado*, o comodante não pode, “*salvo necessidade imprevista e urgente, reconhecida pelo juiz, suspender o uso e gozo da coisa emprestada*” (art. 581, CC). Como está claro, esta necessidade imprevista e urgente *deve ser reconhecida pelo juiz*.<sup>37</sup> O caso é de *denúncia cheia*, isto é, *motivada*. Não se trata de rescisão, mas de declaração unilateral de vontade que deve ser motivada. A diferença é a de que a denúncia, ao contrário da rescisão<sup>38</sup>, apenas interrompe a continuação, sem desconstituir o que “constituído estava e havia de continuar”.<sup>39</sup>

---

<sup>37</sup> “Comodato. Extinção. *Ausente estipulação de prazo para término do empréstimo*. Tratando-se de comodato sem prazo estabelecido para seu término, *não há que se falar em imposição de demonstração de necessidade urgente ou imprevista para a extinção do contrato*. Notificação. A prévia notificação do comodatário configura a intenção do comodante na extinção do comodato e na retomada do bem. Esbulho. Reintegração. Em razão da negativa do comodatário, até então detentor de posse legítima, a efetuar a devolução do bem emprestado, configurou-se o esbulho e a mora. Apelação provida. (TJRS, 18ª. CC, Rel. Des. Jorge Luis Dall'Agnol, Ap. Cível 598136562, julgado em 08.10.98). “Comodato. Extinção. *Tempo Determinado. Vitaliciedade*. Comodato vitalício, com prazo determinado, ou determinável, o que demonstra a prova coligida. Insuficiente a simples notificação, em assim sendo, quando ausente alegação de necessidade imprevista e urgente, a ensejar a extinção do contrato” (TJRS, 18ª. CC, Rel. Desa. Rosa Terezinha Silva Rodrigues, Ap. Cível 70002360956, julgado em 16.08.2001).

<sup>38</sup> “Feita a distinção, logo se entende o primeiro objeto de discórdia: Orlando Gomes utiliza o termo ‘rescisão’ em sentido diverso ao do texto, como sinônimo de denúncia. No entanto, *da denúncia se distingue*

Se o comodato possui prazo *convencional*, pode ser proposta ação de retomada tão logo o contrato tenha expirado o seu prazo, não sendo desnecessária denúncia prévia. Como já decidiu o STJ, findo o prazo certo do comodato, “não é necessário que o comodante promova a interpelação do comodatário para a restituição do bem, uma vez que, por tratar-se de obrigação a termo, a não devolução do imóvel no prazo avençado é motivo suficiente para constituir o devedor em mora”.<sup>40</sup>

Porém, se o contrato não possui prazo convencional, e o comodante reputa esgotado o prazo necessário para o uso concedido, deve ser feita denúncia cheia, motivando-se o direito de retomada. Isso porque, no caso em que o prazo não é convencional, o comodante deve demonstrar que o prazo necessário para o uso concedido encerrou.

No caso de morte do comodatário, e sendo o comodato deferido apenas a esse, também deve ser feita denúncia cheia. O comodante motivará sua denúncia – que deverá ser endereçada ao herdeiro do morto - com a alegação de que o uso era pessoal. Há, mais uma vez, mera declaração unilateral de vontade motivada, que coloca termo ao comodato.

Se essas denúncias não forem atendidas, terão que ser propostas ações pelos comodantes, quando então o demandado poderá afirmar que não houve a extinção do prazo concedido para o uso, ou o herdeiro alegar, por exemplo, que o comodato não era pessoal ao falecido.<sup>41</sup>

## 6.2 A admissão do uso da ação de reintegração de posse para a retomada da coisa objeto do comodato

Os tribunais têm admitido o uso da ação de reintegração de posse contra o comodatário que não entrega a coisa, apesar de devidamente notificado.

---

*a rescisão*, porque aquela se projeta para o futuro, encerrando a relação contratual, colocando nele um ponto final, *sem, contudo, desconstituí-la*” (Araken de Assis, *Resolução do contrato por inadimplemento*, São Paulo, Ed. RT, 1991, p. 69).

<sup>39</sup> Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, Rio de Janeiro, Borsoi, 1971, v. 25, p. 294.

<sup>40</sup> STJ, 4ª. Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Resp 71.172-SP, julgado em 18.11.1997. No mesmo sentido RT, 616/134 e RT, 712/183.

<sup>41</sup> “Os herdeiros ou legatários do comodatário podem contestar a ação do comodante com a alegação de ter sido pré-excluída a denunciabilidade, por ter o *intuitus personae* extensão aos herdeiros ou legatários (e.g., o comodato a A foi à empresa de A; o comodato a A foi a A ou sua família)” (Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, v. 46, Rio de Janeiro, Forense, 1971, p. 185).

Como já decidiu, por exemplo, o Tribunal de Alçada de Minas Gerais, “a ação própria contra o comodatário que, constituído em mora, não entrega a coisa, é a de reintegração de posse”.<sup>42</sup> E o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “Reintegração de posse. Comodato. Notificação. Esbulho. Liminar. Se a prova dos autos evidencia contrato de comodato do imóvel por tempo indeterminado, com regular notificação da ocupante, sem que tenha sido devolvido o imóvel, resta injusta a posse da comodatária, justificando liminar concessiva de reintegração. Agravo de instrumento desprovido”.<sup>43</sup>

### 6.3 As razões dessa admissão

É muito fácil constatar a razão pela qual a prática brasileira passou a admitir o uso da ação de reintegração de posse diante do não atendimento à notificação para a restituição da coisa entregue em comodato.

É que a ação de conhecimento que encontrava leito no procedimento comum, até o final de 1994, não viabilizava a tutela antecipatória e a sentença executiva. Portanto, é indiscutível que a prática passou a lançar mão da ação de reintegração de posse com os “olhos” nos benefícios outorgados pelo seu procedimento especial, especialmente por sua liminar.

Perceba-se que, ao mesmo tempo em que se conferiu a ação de despejo à locação, deixou-se ao comodante somente a ação de procedimento comum. Porém, não é racional dar procedimento especial ao que aluga e procedimento comum ao que empresta. Se o locador possui direito à retomada da coisa, igual direito pertence ao comodante. Por isso, o comodante, para se livrar da inefetividade do procedimento comum, foi buscar solução ao seu problema no procedimento especial reservado à reintegração de posse.<sup>44</sup>

---

<sup>42</sup> RJTAMG, v. 22, p. 217.

<sup>43</sup> TJRS, 2ª. Câmara Especial Cível, Rel. Des. Jorge Luis Dall’Agnol, Agravo de Instrumento 70001294321, julgado em 31.11.2000.

<sup>44</sup> Como diz Ovídio Baptista da Silva, “não há qualquer princípio de natureza teórica que impeça a concessão de uma idêntica ação de despejo aos comodantes, para que estes recuperem a posse da coisa dada em comodato. O direito luso-brasileiro, como ensina Pontes de Miranda (ob. e loc. cit.), não chegou, no entanto, a determinar com precisão o cabimento dessa ação para os casos de comodato. É como a *actio commodati* do direito romano “plenarizou-se” em nosso direito, com a morosidade peculiar às ações plenárias, o recurso de que a praxe lançou mão foi conceder aos comodantes a proteção possessória contra o comodatário que se recuse a restituir o objeto dado em comodato, uma vez findo o contrato. Nesse caso, deverá o comodante,

#### 6.4 A inadequação da reintegração de posse para o comodante retomar a coisa emprestada

Note-se que não é pelo fato de que o imóvel não foi devolvido, após a notificação do locatário, que passará a caber ação de reintegração de posse, e não mais ação de despejo. Aliás, discutiu-se intensamente sobre a admissão da reintegração de posse contra o locatário que abandona o imóvel e não entrega as chaves. Supondo-se que o abandono configuraria espécie de denúncia tácita, afirmava-se, baralhando-se o efeito da denúncia com a natureza da ação cabível para a retomada da coisa, que não teria sentido propor ação de despejo, uma vez que a locação já estaria desfeita.<sup>45</sup>

Os tribunais deram resposta parcialmente satisfatória ao equívoco. O Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, por exemplo, afirmando que o abandono não é causa de desconstituição, lembrou que a ação de despejo “não se presta apenas para obter a desocupação do imóvel locado. Constitui-se em meio processual específico para obter o pronunciamento judicial de extinção da relação de locação, e, em conseqüência, obrigar o inquilino a desocupar o bem a ele locado”.<sup>46</sup>

A suposição de que a ação de despejo é cabível porque o abandono não é causa de desconstituição, leva à conclusão de que essa modalidade de ação não deveria ser proposta se essa causa estivesse presente. Acontece que, ainda que tivesse sido feita a denúncia para o locatário abandonar o imóvel, não haveria como se admitir ação de reintegração de posse. Também no caso em que o locatário deixa de pagar o aluguel, e há cláusula resolutória expressa, pouco importa a rescisão da locação. Ou seja, nada importa, para o efeito de ser cabível ação de despejo e não ação

---

antes de promover o interdito de reintegração de posse, notificar o comodatário para que restitua o bem objeto do comodato, de modo a constituí-lo em mora, caracterizando-se, a partir daí, segundo a doutrina e a jurisprudência consagrada de nossos tribunais, o estado de esbulho possessório, a legitimar o emprego do interdito. O artificialismo dessa solução é visível e tem por fim, em última análise, dar aos comodantes o benefício de uma liminar que a ação nascida do contrato de comodato não tem, por ser uma ação ordinária. Essa situação, no entanto, oculta um gravíssimo paradoxo determinado por circunstâncias históricas e dogmáticas aleatórias, resultando no fato de que, hoje, aquele que recebe a coisa em locação é tratado com maior severidade, perante o direito processual, do que o comodatário que, recebendo gratuitamente o bem dado em comodato, não estará submetido, em virtude de contrato, ao rigor de uma ação executiva” (Ovídio Baptista da Silva, *Curso de Processo Civil*, São Paulo, Ed. RT, 1998, v. 2, p. 324).

<sup>45</sup> Sobre isso, ver a excelente análise de Alcides Tomasetti Jr, *Comentários à Lei de Locação de Imóveis Urbanos*, São Paulo, Saraiva, 1992, p. 64 e ss.

<sup>46</sup> RT 591/175.

de reintegração de posse, o fato de ter ocorrido a desconstituição da locação. Não é porque ocorreu a desconstituição da locação que a ação de despejo deixará de ser invocável, para passar a ser adequada a ação de reintegração de posse. O cabimento da ação de despejo nada tem a ver com a prévia desconstituição do contrato. Melhor dizendo: não é porque houve denúncia, ou mesmo inadimplemento confortado por cláusula resolutória expressa, que, ao invés do despejo, será o caso de propor ação de reintegração de posse.

A ação de despejo é voltada a proteger a locação, e não a permitir a defesa da posse. O mesmo raciocínio deve ser empregado em relação ao comodato. O contrato de comodato exige, para sua efetiva proteção pelo sistema jurídico, ação de restituição da coisa emprestada. Sim, pois de nada vale deixar emprestar e não permitir retomar. Dizer que a ação voltada à proteção da posse é adequada à tutela do contratante é baralhar posse com contrato. Se há direito à retomada da coisa emprestada, o direito à ação encontra amparo no contrato e não na defesa da posse.

Perceba-se que não entregar a coisa emprestada é muito diferente que afirmar ser proprietário ou possuidor próprio, ou impróprio mas sem qualquer vínculo com o comodante.<sup>47</sup> Se o comodatário afirma ser proprietário da coisa emprestada, a agressão é ao domínio, e desse modo deve ser proposta ação reivindicatória. Se o comodatário diz que a sua posse não tem relação alguma com a do comodante, aí sim seria adequada a ação de reintegração de posse.

*Acontece que, quando se está diante de ação para fazer valer o comodato, não há motivo para o autor discutir domínio ou posse, mas apenas a existência e a eficácia do contrato.*<sup>48</sup> A ação de reintegração de posse, consoante declara o art. 927 do CPC, exige que o autor prove: i) a sua posse; ii) o esbulho praticado pelo réu; iii) a data do esbulho; e iv) a perda da posse. Portanto, se a reintegração fosse a ação adequada para o comodato, nela deveria ser discutida apenas a posse e o esbulho.

*Acontece que a ação do comodante é fundada no contrato e, por isso, a contestação pode não apenas alegar sua inexistência ou ineficácia, como ainda afirmar que o motivo da denúncia não permite a extinção do comodato ou que o motivo invocado para a denúncia não corresponde à realidade. Como está absolutamente claro, a elucidação da afirmação de retenção indevida da coisa entregue em comodato é indissociável da análise do contrato. Em outras palavras, a cognição do juiz, nessa ação, não pode dispensar a discussão do contrato.*

#### 6.5 O objetivo que se esconde atrás do uso da ação de reintegração de posse contra o comodatário

---

<sup>47</sup> Pontes de Miranda, *Tratado das Ações*, São Paulo, Ed. RT, 1978, v. 7, p. 320.

<sup>48</sup> Pontes de Miranda, *Tratado das Ações*, v. 7, cit., p. 321.

Como já foi dito, o que levou os advogados a lançarem mão da ação de reintegração de posse em favor do comodante foram os benefícios do seu procedimento especial, fundamentalmente a possibilidade da concessão de liminar.

*O pior é que se tentou fazer acreditar que essa liminar estaria na dependência somente da realização da denúncia e da não entrega da coisa. É evidente, contudo, que isso não basta para abrir ensejo à concessão da liminar.*

Não há como negar que a cognição do juiz, na ação voltada à obtenção da coisa entregue em comodato, *recai necessariamente sobre o contrato*. A simples denúncia vazia, afirmando a existência de contrato por prazo indeterminado, não é, por si só, fundamento para a procedência, *pois é possível que esse contrato não exista ou seja ineficaz*. No caso de prazo determinado – convencional ou presumido –, o demandado evidentemente poderá discutir a alegada “necessidade imprevista e urgente”. Na hipótese de denúncia que afirma o término do prazo necessário para o uso, o comodante também deverá – como na hipótese anterior –, desincumbir-se do seu ônus de provar o alegado.

*Ao se pretender impor a idéia de que o esbulho, e por conseqüência a liminar, seria decorrência automática da denúncia ou da extinção do contrato, desejou-se conferir uma espécie de direito absoluto ao comodante e, ao mesmo tempo, encobrir o direito do possuidor negar a existência do contrato e dos motivos da denúncia. Ora, como o réu, no caso, tem o evidente direito de discutir o contrato e os motivos que o circundam, é óbvio que o esbulho não é decorrência automática da denúncia.*

*Com essa pretendida distorção, seria fácil simular a existência de comodato verbal para, com a afirmação de esbulho, propor ação de reintegração de posse e obter liminar.*

#### 6.6 A ação de restituição fundada no art. 461-A

Se o comodante tem o direito de pedir a restituição da coisa, e é importante eliminar o mau vezo de se negar a possibilidade da discussão do contrato para se conferir liminar de reintegração de posse, é preciso deixar claro que a ação de reintegração de posse não é adequada para a hipótese em que a retomada da coisa depende da discussão do contrato.

Assim como a locação abre oportunidade para a ação de despejo – que nada mais é que ação de restituição da coisa locada - , o comodato deve viabilizar mera ação de retomada, *em que também se admita a discussão do contrato e da sua extinção*.

Atualmente, o art. 461-A fornece técnicas processuais capazes de permitir a construção de uma efetiva ação de restituição de coisa. Basta pensar na técnica antecipatória e na sentença que permite a efetivação da restituição sem que seja necessária a propositura de ação de execução.

O comodante, em razão das técnicas processuais instituídas pelo art. 461-A, tem a possibilidade de pedir a restituição da coisa emprestada por meio da técnica antecipatória e da sentença de executividade intrínseca. Porém, a tutela antecipatória dependerá da demonstração da existência do comodato e de sua extinção. No caso de comodato verbal e de denúncia cheia (necessidade imprevista e urgente e término do prazo necessário para o uso concedido), pouco importará, para efeito de tutela antecipatória, a mera alegação de não entrega da coisa.

Na realidade, os pressupostos da tutela antecipatória e da sentença de procedência, no caso que ora interessa, são intimamente ligados ao contrato. Como a ação de retomada da coisa entregue em comodato abre oportunidade para a sua ampla discussão, não há como pensar que essa ação de retomada possa ser vista como ação de reintegração de posse. Não se trata de opção teórica, mas da necessidade de afirmação dos reais limites de cognição da ação relativa ao comodato.

De qualquer forma, se tudo isso for levado em consideração, *permitindo-se a discussão de todas as alegações que o comodatário pode fazer na ação voltada à retomada da coisa*, não importará o rótulo atribuído à ação, se despejo, comodato, imissão de posse ou reintegração de posse.<sup>49</sup> O que interessa é que, por meio de tal ação, *pede-se a restituição da posse com base na extinção do comodato*.<sup>50</sup> *Portanto, como não há mais qualquer motivo para o uso do procedimento de reintegração de posse, e como o uso desse procedimento pode escamotear a necessidade da discussão do contrato, a ação do comodante, a partir de agora, deverá se fundar no art. 461-A.*

---

<sup>49</sup> “Através de qual ação o comodante recuperará a coisa entregue em comodato? Com certeza, ela não se designa de ação de despejo, pois este é o nome tradicional da ação para o alugador recuperar a coisa locada (...) No entanto, o *nomem iuris* da ação se ostenta irrelevante para identificá-la, **o que reclama a individualização das partes, da causa de pedir e do pedido, a teor do art. 301, §2º, do CPC**” (TJRS, 5ª. CC, Rel. Des. Araken de Assis, Apelação Cível 597.079.128, julgado em 28.05.97).

<sup>50</sup> Já se decidiu: “uma das ações oriundas do comodato é o pedido de restituição da coisa emprestada, cujo rito pode ser o sumaríssimo, ou o ordinário, dependendo da escolha do comodante” (RT, 599/161). Essa decisão evidencia que a ação ora em destaque objetiva a restituição da coisa, mas não pode esconder a existência do contrato de comodato.

## 7 Ação de restituição e leasing

### 7.1 O uso distorcido da ação de reintegração de posse

Em relação ao leasing<sup>51</sup> também ocorreu a distorção do uso da ação de reintegração de posse, e aí com a evidente finalidade de propiciar liminar ao credor às custas do direito do devedor discutir a abusividade das cláusulas contratuais.

Com efeito, imaginou-se, para viabilizar a possibilidade do credor obter liminar de reintegração de posse, duas situações: i) que, *diante da cláusula resolutiva expressa*, o simples inadimplemento das prestações seria suficiente para caracterizar a resolução do contrato, e então abrir margem para a reintegração de posse; ii) ou que, em face do inadimplemento, o credor *deveria notificar* o devedor para caracterizar a mora e tornar ilegítima a posse sobre a coisa objeto do leasing, quando então surgiria como oportuna a ação de reintegração de posse.

Contudo, a ação de reintegração de posse, por ser ação destinada à proteção da posse, não serve para o caso de leasing, em que o direito à restituição da coisa depende, como é óbvio, da desconstituição do contrato e, assim, de ampla oportunização da discussão dos seus termos. Portanto, *quer se admita a cláusula resolutiva expressa ou a necessidade de notificação, o inegável é que a retomada exige, como pressuposto lógico, a desconstituição do contrato, e desse modo o oferecimento de espaço para a sua ampla discussão.*

### 7.2 A tese de que a existência de cláusula resolutiva expressa dá ensejo para a reintegração de posse, independentemente da inexistência de notificação

Há julgados do STJ que entendem que a existência de cláusula resolutiva<sup>52</sup> expressa, nos contratos de leasing, é suficiente para, em caso de inadimplemento, determinar a sua resolução.

O inadimplemento, diante dessa cláusula, operaria a resolução do contrato, de modo que, a partir daí, a posse sobre o bem objeto do leasing tornar-se-ia ilegítima, sendo então cabível a ação de reintegração de posse.

---

<sup>51</sup> Em relação ao leasing, ver José Augusto Delgado, *Leasing*, Curitiba, Juruá, 1999; Arnaldo Rizzardo, *Leasing*, São Paulo, Ed. RT, 2000.

<sup>52</sup> Ver Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, Coimbra, Almedina, 2001, v. 2, p. 275 e ss.



Com efeito, em acórdão relatado pelo Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, a 3ª. Turma do STJ assentou que, “contendo o contrato de arrendamento mercantil cláusula resolutiva expressa, dispensável é a notificação prévia”.<sup>53</sup>

### 7.3. A tese que exige a notificação

Porém, a 4ª. Turma do STJ, em acórdão relatado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, entendeu que “a notificação prévia da arrendatária é requisito para a ação de reintegração de posse promovida pela arrendadora”.<sup>54</sup> A mesma Turma, mas desta vez em acórdão relatado pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, assim concluiu: “Civil e Processual Civil. Contrato de Leasing. Cláusula Resolutiva Expressa. Ação de Reintegração na Posse. Interpelação Prévia ao Devedor. Necessidade. Constituição em Mora. Ausência. Impossibilidade Jurídica do Pedido. Art. 267, CPC. Recurso Provido. I – *A ausência de interpelação prévia ao devedor*, para a sua constituição em mora, nos contratos de arrendamento mercantil (leasing), enseja a impossibilidade jurídica do pedido de reintegração na posse do bem”.<sup>55</sup>

Antes dessas duas decisões, a 4ª. Turma do STJ, em acórdão relatado pelo Ministro Barros Monteiro, já tinha afirmado que “constitui requisito para a propositura da ação reintegratória a notificação prévia da arrendatária, mencionando-se o montante do débito atualizado até a data do ajuizamento e fornecendo-se desde logo os elementos necessários para a sua determinação final”.<sup>56</sup>

### 7.4 As razões escondidas atrás da discussão a respeito da necessidade de notificação

---

<sup>53</sup> STJ, 3ª. Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Resp 30765, DJ de 18.02.2.002; No mesmo sentido STJ, 3ª. Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Resp 162185, DJ de 10.05.99; STJ, 3ª. Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Resp 157717, DJ de 10.05.99; STJ, 3ª. Turma, Rel. Min. Nancy Andrichi, Resp 329932, DJ de 03.06.2.002; STJ, 3ª. Turma, Rel. Min. Cláudio Santos, Resp 36637, DJ de 19.12.94.

<sup>54</sup> STJ, 4ª. Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Resp 139305, DJ de 16.03.98.

<sup>55</sup> STJ, 4ª. Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Resp 261903, DJ de 25.09.2.000.

<sup>56</sup> STJ, 4ª. Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, Resp 149301, DJ de 21.09.98. No mesmo sentido, STJ, 4ª. Turma, Rel. Min. César Asfor Rocha, Resp 150723, DJ de 02.05.2.000.

A cláusula contratual que entende bastante o inadimplemento do devedor para a resolução do leasing, e por isso dispensa a notificação prévia, objetiva retirar do consumidor a possibilidade de pagar as prestações devidas ou de discutir o contrato, o qual pode trazer encargos eivados de ilegalidades. Essa cláusula é notoriamente desfavorável ao consumidor, e portanto abusiva e nula.

Tal cláusula, ao determinar a resolução do contrato em razão do não pagamento das prestações, deseja abrir oportunidade para a retomada automática da coisa. É por isso que a defesa da cláusula resolutiva expressa está atrelada à idéia de que a ação em que o credor postula a coisa não é a sede própria para se discutir vícios no contrato.

Note-se que o STJ, ao aceitar a cláusula resolutiva expressa, sustenta que a liminar de reintegração de posse independe da discussão do contrato. Com efeito, a 3ª. Turma do STJ já teve a oportunidade de frisar que “se o tribunal limita a discussão unicamente à questão da possibilidade de reintegrar-se a credora liminarmente à posse do bem, quando no contrato há cláusula resolutiva expressa, *impertinentes, para esta via, se afiguram as discussões sobre a demudação do contrato de arrendamento mercantil em compra e venda em razão da cobrança antecipada do valor residual garantido*”.<sup>57</sup>

Diante da clara ligação entre cláusula resolutiva expressa e impedimento do conhecimento de discussões relativas ao contrato, é evidente que o objetivo dessa cláusula é o de permitir a retomada do bem em face de simples retardamento no pagamento. Afirma-se, simplesmente, que, “contendo o contrato cláusula resolutiva, realizada a condição, *torna-se injusta a posse de quem recebeu o bem, desnecessária a notificação prévia*”.<sup>58</sup>

Isso, porém, não tem procedência alguma, pois significa a possibilidade de o credor retomar o bem sem dar ao devedor a oportunidade de pagar as prestações ou discutir o inadimplemento. Repelindo a tese de que a cláusula resolutiva expressa seria suficiente para dar origem à reintegração de posse, o STJ já afirmou que, no leasing, “a arrendatária tem o direito de ser previamente notificada para exercer *o direito de purgar a mora ou de se defender ou de exercer defesa preventivamente contra a pretensão recuperatória prometida pela arrendadora. Se não for assim, a arrendatária ficará submetida a graves conseqüências pela simples demora, sem que lhe oportunize demonstrar a inexistência de mora (art. 963, CC de 1.916; art. 396, CC de 2.002), ou o oferecimento da prestação devida (art. 959, CC de 1.916; art. 401, CC de 2.002)*”.<sup>59</sup>

Demais, o art. 54, §2º, do CDC, é expresso ao afirmar que a cláusula resolutória somente pode ser admitida, nos contratos de adesão, quando for *alternativa*. Com isso se quer dizer que cabe

---

<sup>57</sup> STJ, 3ª. Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, Resp 329932, DJ de 03.06.2.002.

<sup>58</sup> STJ, 3ª. Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Resp 162185, DJ de 10.05.99.

<sup>59</sup> STJ, 4ª. Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Resp 139135, DJ de 16.03.98.

ao consumidor *escolher* entre a resolução e a manutenção do contrato. Nessa direção, a cláusula contratual que obrigar o consumidor a renunciar a esse direito de escolha é manifestamente abusiva, enquadrando-se na moldura do art. 51, I, do CDC.

Se o devedor tem o direito de manter o contrato, pagando as prestações em atraso, tem ele, por conseqüência lógica, o direito inafastável de discutir as cláusulas contratuais na ação destinada à retomada do bem. Se o entendimento fosse o de que o não pagamento opera a resolução do contrato, *ao devedor restaria pagar para não ver o contrato resolvido*. Isso seria absurdo. Não há como pensar que a *obrigação* de pagamento possa ser considerada *alternativa* à não resolução do contrato. O devedor tem o direito de apresentar defesa para impedir a retomada do bem.

Porém, a existência desses direitos não depende da necessidade da notificação. Como é óbvio, não é porque a notificação é desnecessária que o devedor não poderá purgar a mora até a contestação ou apresentar defesa relativa a vícios do contrato. Quando o STJ afirma a necessidade de notificação, sua preocupação é visível e justa: sustenta-se a necessidade da notificação para conferir ao devedor oportunidade de purgar a mora, eliminando-se, assim, a possibilidade de retomada do bem em razão do simples atraso no pagamento das prestações.

Entretanto, o não atendimento da notificação não seria suficiente para caracterizar o direito de retomada do bem, justamente porque o devedor pode purgar a mora até a contestação<sup>60</sup>, bem como se defender alegando que o contrato possui vícios ou que as prestações exigidas são abusivas.

*Se o devedor pode purgar a mora até a contestação e discutir amplamente os termos do contrato, não há necessidade de notificação*. A ação de restituição que viabiliza a purga da mora e a discussão do contrato não exige prévia constituição em mora. *A notificação somente seria necessária se o entendimento fosse o de que seria cabível ação de reintegração de posse. É que o esbulho, fundamento dessa ação, apenas se configuraria com constituição em mora, operada pela notificação*.

Como é evidente, *o problema não está na necessidade ou não da notificação, mas sim na inadequação da ação de reintegração de posse*. Se a constituição em mora não é pressuposto da ação de restituição, o objetivo da notificação pode ser alcançado com o exercício da ação, quando se dará ao devedor a oportunidade de purgar a mora. Por essa razão, a petição dessa ação deve ser considerada imperfeita quando não descrever o valor da dívida atualizada até a data do ajuizamento e fornecer os elementos necessários para a sua apuração. O réu, desejando purgar a mora, deverá requerer ao juiz, no prazo da contestação, que seja fixado prazo para o pagamento da dívida, podendo desde logo propor data para tanto.

---

<sup>60</sup> Agostinho Alvim, *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1972, p. 158.

*7.5 O STJ entende que o arrendatário, na ação de reintegração de posse relativa a contrato de leasing, pode discutir a legalidade e a abusividade das cláusulas contratuais*

*Ao se pensar na necessidade da discussão do contrato na ação denominada de “reintegração de posse”, há, na verdade, ação de restituição da coisa fundada na desconstituição do contrato.*

O STJ tem afirmado que o réu *pode discutir*, na ação de reintegração de posse decorrente de contrato de arrendamento mercantil, *a validade das cláusulas geradoras do débito que deu ensejo à demanda*.<sup>61</sup> Ou ainda que, “na ação de reintegração de posse de bem objeto de arrendamento mercantil, *afigura-se possível ao réu alegar, na defesa, contrariedade à lei ou ao contrato*”.<sup>62</sup>

Ora, se é possível discutir o contrato, é claro que a restituição da coisa *depende de juízo sobre a sua desconstituição*. Isso quer dizer que não há como aceitar a posição que sustenta o cabimento de liminar de reintegração de posse *como decorrência automática do não pagamento, exista ou não notificação*.

Ao se conferir ao réu oportunidade para discutir o contrato, *descabe pensar em tutela antecipatória antes da apresentação da contestação ou quando esta apresenta alegações – obviamente revestidas de seriedade – relativas ao contrato*.

*7.6 Se a cognição da ação em que é pedida a restituição da coisa objeto do comodato abarca a discussão do contrato, a ação não é de reintegração de posse, mas simplesmente ação de restituição fundada no art. 461-A*

O uso da ação de reintegração de posse, diante do leasing, deriva de uma mera opção de técnica processual do credor. *Acontece que a principal característica da ação de reintegração de posse não decorre do seu procedimento especial, mas sim do fato de que a sua cognição deve ficar limitada à questão possessória*. Recorde-se que, passado mais de ano e dia, a ação de reintegração de posse, mesmo antes da introdução do art. 461-A no CPC, não perdia a sua característica essencial, mas apenas o seu procedimento especial (a sua forma processual especial).

---

<sup>61</sup> STJ, 4ª. Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, Resp 263522, DJ de 12.02.2.001. No mesmo sentido: STJ, 3ª. Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Resp 325566, DJ de 08.04.2.002.

<sup>62</sup> STJ, 4ª. Turma, Rel. Min. César Asfor Rocha, Resp 201455, DJ de 14.08.2.000.

Na ação rotulada de reintegração de posse pelo credor do leasing há postulação de recuperação da coisa. Mas esse tipo de postulação também existe na ação reivindicatória e na ação de despejo, *sem que essas possam ser consideradas possessórias. O que faz que uma ação possa ser dita de reintegração de posse não é o seu pedido (de recuperação da coisa) e muito menos o seu procedimento, mas sim o seu fundamento.*

Ora, o fundamento da imaginada ação de reintegração de posse relativa ao leasing *é o inadimplemento do contrato, e não a posse ou o esbulho.* Mas, se o inadimplemento do contrato fosse capaz de originar ação de reintegração de posse, o não pagamento do aluguel, em face da locação, *também deveria dar base para a reintegração de posse, e não para a ação de despejo.* Note-se que o direito à recuperação da coisa não basta para fundar ação de reintegração de posse. *Abrindo-se oportunidade para a discussão do contrato, a ação – por se fundar na sua desconstituição - é de restituição da coisa – nos moldes da ação de despejo.*

*Como não é difícil concluir, a ação de reintegração de posse era utilizada em razão da inexistência de procedimento, voltado para a recuperação da coisa, dotado de técnica antecipatória e sentença de executividade intrínseca. Ou seja, o que se desejava, com o uso da ação de reintegração de posse, eram apenas os benefícios do seu procedimento especial, esquecendo-se que essa ação possui cognição restrita à questão possessória.*

*Hoje há procedimento adequado para o exercício da ação de recuperação de coisa. Trata-se da forma processual instituída pelo art. 461-A, que estabelece, para a efetividade da restituição da coisa, a técnica antecipatória e a sentença de executividade intrínseca.*

*Assim, a partir de agora, o credor do leasing, sem ter que apresentar notificação, deverá propor ação de restituição da coisa com base no art. 461-A. Nessa ação, será possível ao devedor purgar a mora com a apresentação da contestação, ou, em outro caso, discutir amplamente o contrato.*

A tutela antecipatória não pode ser concedida antes de se dar ao réu a oportunidade de apresentar contestação e purgar a mora. Além disso, havendo impugnação das cláusulas contratuais, revestida de seriedade, não será o caso de se deferir a tutela na forma antecipada.<sup>63</sup> *Se não for assim, o inadimplente será tratado como esbulhador sem poder explicar o motivo pelo qual não pagou.*<sup>64</sup>

---

<sup>63</sup> “Ainda, não se pode olvidar que, conforme a *posição pacífica* desta Câmara, *estando o devedor a discutir o contrato, tem ele o direito de manter-se na posse do bem financiado*” (TJRS, 13ª. CC, Rel. Dr. Pedro Luiz Pozza, Agravo de instrumento 70005301510, julgado em 12.12.2.002).

<sup>64</sup> Alguém poderá dizer que, nesse caso, o devedor não será impedido de discutir o contrato, pois isso poderá ocorrer por meio de ação inversa (a ser proposta pelo devedor contra o credor). Acontece que não é possível eliminar a possibilidade do devedor discutir a abusividade das cláusulas contratuais para se dar a arrendante

Por outro lado, embora a tutela antecipatória, nesse caso, não exija o perigo – uma vez que o direito à retomada, quando evidente, *traz em si a urgência* -, a verdade é que essa presunção de urgência deve ser *balanceada, diante das circunstâncias do caso concreto*, em face das necessidades do réu. Nesse sentido, em voto de grande sensibilidade jurídico-social, o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira observou que, no caso de bem essencial ao desempenho da atividade econômica da empresa devedora, podendo a retirada imediata acarretar até mesmo a completa paralisação de suas funções, é de se admitir que ele fique em depósito com o arrendatário até solução definitiva do mérito. De acordo com o Ministro Sálvio, “se a consequência da antecipação dos efeitos da sentença for excessivamente drástica, melhor que a situação permaneça no estado em que se encontra”.<sup>65</sup>

#### 7.7 O uso da multa para compelir o devedor a entregar a coisa objeto do leasing

Antes da introdução do art. 461-A no CPC, os tribunais já se deparavam com pedidos de imposição de multa para obrigar o devedor a entregar o bem objeto do leasing. Negava-se a possibilidade da imposição da multa com base no fundamento de que “*o arrendatário inadimplente tem a obrigação de dar coisa certa em relação ao arrendante*” e que o CPC “*somente prevê multa diária para o descumprimento das obrigações de fazer*”.<sup>66</sup>

---

tutela jurisdicional mais rápida. Ou melhor: *não há cabimento em restringir o direito de defesa para transformar, por ficção, o inadimplente em esbulhador, e então se outorgar a arrendante todos os benefícios da ação de reintegração de posse, especialmente a possibilidade de concessão de liminar em caso de esbulho (que seria resultado do mero inadimplemento)*. A outorga de procedimento especial, na hipótese, não pode ser vista como algo *neutro e indiferente* aos valores da Constituição. Conferir tal procedimento especial é o mesmo que se dar tutela jurisdicional *diferente (por mais rápida)* da atribuída às posições sociais “comuns”. E o que é mais grave: exatamente às custas do consumidor, que fica obrigado a entregar a posse do bem para somente depois poder ver os seus argumentos apreciados pelo Judiciário. A restrição ao direito de defesa - que é direito fundamental - se faz em virtude de um fim que está em desacordo com os valores constitucionais. Como é evidente, a Constituição não admite, nem mesmo de forma implícita, que se restrinja o direito de defesa do consumidor para se prestar tutela jurisdicional imediata às instituições financeiras - mediante a transferência forçada da posse do bem objeto do leasing.

<sup>65</sup> STJ, 4ª. Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Resp 121109, DJ de 20.09.98.

<sup>66</sup> 2º TACivSP, 9ª CC, Rel. Juiz Cristiano Ferreira Leite, Agravo de Instrumento 697.395-00/5, DJ de 05.04.2002. No mesmo sentido: “Arrendamento Mercantil – Leasing – Reintegração de Posse – *Multa Diária (Astreinte)* – Artigos 287, 461, §4º, 644 e 645 do Código de Processo Civil) – Obrigação de Dar ou Entregar –

Atualmente, entretanto, o óbice que não permitia a imposição da multa para dar efetividade às sentenças relativas à entrega de coisa já não mais existe. Agora, diante dos termos do §3º do art. 461-A, é expressamente possível invocar a multa - que antes estava disciplinada expressamente apenas em relação às obrigações de fazer e de não fazer - para atender às sentenças que determinam a restituição do bem entregue ao arrendatário.

Em tais casos, a multa é fundamental quando o devedor não informa a localização do bem. Como a forma de satisfação do direito do credor depende da localização do bem, a multa pode ser imposta para pressionar o devedor a indicar a sua localização. Até porque o devedor não tem extinto o seu dever de entregar a coisa simplesmente pelo fato dessa não ter sido localizada. O seu dever perdura até o momento da obtenção da coisa por parte do credor.

#### *8 Outras situações que podem se beneficiar das técnicas do art. 461-A*

Há casos em que a sentença, ao lado de sua eficácia desconstitutiva, não possui eficácia executiva, e assim o pedido de desconstituição tem que ser cumulado com o pedido de restituição da coisa.<sup>67</sup> Quando se pede rescisão de contrato, a sentença de procedência não viabiliza a

---

*Bem não Localizado – Inadmissibilidade – Ação de Reintegração de Posse. Astreintes. Inadmissibilidade de imposição em obrigações de dar ou entregar. Pena pecuniária afastada” (2º TACSP, 1º CC, Rel. Juiz Linneu de Carvalho, Agravo de Instrumento 714.065-00/6, DJ de 05.04.2002). “Arrendamento Mercantil – Leasing – Reintegração de Posse – Multa Diária (Astreinte) – Artigos 287, 461, §4º, 644 e 645 do Código de Processo Civil – Obrigação de Dar ou Entregar – Bem não Localizado – Inadmissibilidade – Por expressa disposição contida no artigo 461 do diploma de ritos, em seu cabeço, somente nas ações que tenham por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer tem lugar a antecipação de tutela específica e a imposição da multa diária previstas pelos parágrafos terceiro e quarto. É a natureza da ação que determina o cabimento, ou não, do dispositivo legal a cada caso, não eventuais atos a serem praticados pela parte no curso do processo, porquanto não tem a medida caráter puramente instrumental, consistindo na própria tutela jurisdicional almejada e havendo, para coibir os atos do processo alegadamente atentatórios à dignidade da justiça, outras previsões na lei processual. A regra contemplada no artigo 601 da lei processual aplica-se, unicamente, aos processos de execução e quando houver a prática pelo devedor de ato atentatório à dignidade da justiça, assim entendidos aqueles indicados no elenco taxativo do artigo 600. Sua aplicação nos processos de conhecimento tem sido admitida, apenas, em circunstâncias especialíssimas” (2º TACSP, 1ª CC, Rel. Juiz Vieira de Moraes, Agravo de Instrumento 721.006-00/0, DJ de 19.04.2002).*

<sup>67</sup> “Tratando-se de cumulação sucessiva eventual que envolva alguma pretensão à obtenção ou a recuperação de posse, é oportuno advertir que nem sempre haverá necessidade de cumular-se à ação principal um pedido

restituição da coisa. É por esse motivo que o pedido de rescisão é cumulado ao pedido de restituição.

Contudo, tal pedido de restituição costuma ser chamado de pedido de reintegração de posse. Como visto, porém, quando a possibilidade de restituição deve passar, necessariamente, pela desconstituição do contrato, para o exercício da ação não basta a afirmação de esbulho. Nesse caso, além de ser necessária a afirmação de fundamento para a desconstituição, há pedido cumulado sucessivo, quando o segundo pedido – o de recuperação da coisa – somente pode ser apreciado se acolhido o primeiro – o de desconstituição.<sup>68</sup> De modo que, a ação de recuperação da coisa tem como pressuposto a procedência do pedido de resolução do contrato.

Entretanto, também como demonstrado, a ação de reintegração de posse possui cognição restrita ao campo possessório, pois só permite a discussão da posse. A estrutura do seu procedimento especial foi desenhada a partir desse seu objetivo. Como na reintegração de posse somente deve ser investigado o esbulho e a perda da posse, a caracterização desses elementos é suficiente para a procedência do pedido. Ou melhor, de acordo com o art. 927 do CPC, o autor deve provar na reintegração de posse: i) a sua posse, ii) o esbulho, iii) a data do esbulho e iv) a perda da posse. Como é óbvio, a demonstração desses requisitos, na petição inicial ou mediante justificação prévia, *obrigam o juiz a conceder a liminar*.

O processo, *considerando a natureza do direito material*, parte do pressuposto de que a demonstração, ainda que sumária, dos requisitos do art. 927, *é suficiente para que a tutela possessória seja concedida desde logo*. Ou seja, o procedimento especial é construído com base na idéia de que a demonstração imediata dos requisitos da reintegração de posse *não torna justa e racional a postergação da tutela*.

Acontece que o fundamento que está na base do procedimento de reintegração de posse, limitando a cognição ao conflito possessório e justificando a sua liminar, não está presente na ação de restituição que tem como pressuposto a desconstituição do contrato. *Nesse caso, além da cognição do juiz não ficar limitada ao esbulho e à perda da posse - já que é fundamental, aqui, a discussão do contrato -, a tutela antecipatória não poderá ficar limitada a tais elementos. Note-se*

---

autônomo de natureza possessória. Inúmeras vezes o pedido envolvendo transferência de posse é *res deducta* de outra ação, como acontece, por exemplo, na ação de sonegados. A transferência de posse, neste caso, dá-se por força da sentença de procedência sem que tenha havido cumulação dessa ação com uma segunda demanda tendente à restituição da posse dos bens sonegados” (Ovídio Baptista da Silva, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 13, São Paulo, Ed. RT, 2000, p. 214).

<sup>68</sup> Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, *Manual do processo de conhecimento*, 3a. ed., São Paulo, RT, 2004, p. 112.



*que a probabilidade da desconstituição não significa o mesmo que a demonstração dos requisitos do art. 927 do CPC.*

*Se os requisitos da ação de reintegração de posse, bem como os necessários para a concessão da sua especial liminar, não são os mesmos da ação cumulada à ação de rescisão de contrato, é evidente que a ação cumulada à rescisão não pode ser vista como ação de reintegração de posse, especialmente para que não se confundam os requisitos da verdadeira liminar de reintegração de posse com os necessários para a concessão da tutela antecipatória que pode ser solicitada diante da ação de restituição cumulada com a ação de desconstituição.*

Então é de se perguntar. Qual o motivo para chamar de reintegração de posse uma ação que não possui os pressupostos da verdadeira ação de reintegração de posse. A resposta não é difícil. Toda essa consciente confusão foi feita a partir do desejo de se imprimir à ação de restituição, dependente da desconstituição, o procedimento especial da reintegração de posse.

Porém, *essa forçada assimilação, se tentou passar despercebida, pode ser posta às claras a partir da necessária demonstração dos pressupostos das tutelas antecipatórias e das sentenças de procedência dessas ações.* Perceba-se que, se o inadimplemento do pagamento das prestações de um contrato pudesse viabilizar liminar de reintegração de posse, o mesmo deveria ocorrer diante do não pagamento do aluguel. Acontece que, no caso de locação, *além de se repelir o uso da reintegração de posse, a liminar, na ação de despejo, somente é admitida em casos especiais, recomendados pelo próprio direito material (art. 59, Lei 8.245/91 – Lei do Inquilinato).*

*Se o que importa é o conteúdo das ações, e não o nome que a prática a elas confere – às vezes para tornar possível o uso de certos procedimentos - , é pouco mais que evidente que é chegado o momento de se diferenciar a ação de reintegração de posse da ação de restituição.*

Isso porque, a partir da introdução do art. 461-A no CPC, novas técnicas estão a serviço da restituição de coisa, notadamente a tutela antecipatória e a sentença de execução intrínseca. *Mas com uma vantagem fundamental sobre o procedimento da reintegração de posse. A nova técnica processual do art. 461-A não precisa admitir a mentira de que os pressupostos da ação de restituição que depende da desconstituição do contrato são os mesmos da ação de reintegração de posse.*

*Como se vê, não se trata de apenas propor novo nome à ação em que se pede a retomada da coisa, mas de evidenciar a diferença entre os pressupostos – ou melhor, a substância, a matéria - de uma e outra.*

Se, no plano do direito material, a ação de reintegração de posse não se confunde com a ação de restituição – o que é evidenciado em razão de seus diferentes pressupostos - é urgente que a prática, utilizando-se das novas técnicas do art. 461-A do CPC, passe a se valer das ações

adequadas, evitando discussões em torno das suas reais bases, as quais não podem deixar de ser precisadas para a efetividade da tutela dos direitos.