

PROTEÇÃO JUDICIAL DA POSSE

Revista de Direito Privado | vol. 7/2001 | p. 104 - 127 | Jul - Set / 2001
DTR\2001\294

Nelson Nery Junior

Área do Direito: Civil; Processual

Sumário:

1. Considerações iniciais - 2. As ações possessórias segundo o direito positivo brasileiro - 3. Fungibilidade das ações possessórias - 4. O caráter dúplice da ação possessória - 5. As partes na ação possessória - 6. A liminar na ação possessória - 7. Exceção de domínio - 8. Competência

1. Considerações iniciais

*A expressão interditos possessórios, à qual podem corresponder também ações possessórias e remédios possessórios, nos foi legada pela tradição oriunda do Direito Romano. Os interditos visavam à proteção do interesse público e eram extensíveis à proteção da posse.¹ A natureza jurídica da posse era, entre os romanos, diversa da dos direitos subjetivos, considerados meramente privados, estes sim protegidos pelas *actiones*. Somente a partir do processo formulário é que se iniciou, por assim dizer, uma tênue autonomia dos interditos, quando, no que respeita aos interditos possessórios, se lhes foi reconhecida a possibilidade de serem classificados como *iudicia simplicia* ou *duplicia*,² características que, juntamente com os *iudicia contraria*, teriam marcado o nascimento da reconvenção, quando exercidos os pedidos de proteção por parte do réu, muito embora não pudessem ser considerados como verdadeira reconvenção (*mutuae actiones*).

Já para os romanos, portanto, surgia a posse como uma controvertida natureza, caracterizando-se, segundo alguns, como mero fato, ou poder de fato, ou ainda, situação jurídica, mas não direito, já que não protegida pelas *actiones*.

Não é o nosso escopo, neste estudo, examinar a polêmica questão da natureza jurídica da posse, pois que tema de direito material, mas que, ainda que reflexamente, vai influir no exame de algumas questões processuais analisadas no correr da exposição, como, por exemplo, se a ação possessória seria ou não uma ação real, para os fins de integração da capacidade do outro cônjuge, consoante o CPC, 10, caput e §§ 1.º e 2.º.

Discorremos a respeito do tema levando em conta, primordialmente, aspectos processuais da proteção possessória.

2. As ações possessórias segundo o direito positivo brasileiro

Antes da entrada em vigor do Código Civil brasileiro, o que se deu em janeiro de 1917, nossa doutrina mencionava a tendência da jurisprudência em adotar somente três interditos destinados à proteção exclusivamente da posse: manutenção, reintegração na posse e interdito proibitório.³

No regime dos Códigos Processuais Estaduais, o CPC de São Paulo (arts. 619, 623 e 627), bem como o do Paraná (arts. 363, 367 e 370), por exemplo, seguiram a orientação da jurisprudência mencionada por Rezende, tratando somente dos três interditos, já nomeados, como ações possessórias. Os de Minas Gerais (art. 696), Rio Grande do Sul (art. 538) e o da Bahia (art. 419), por exemplo, colocavam a ação de nunciação de obra nova entre as ações possessórias. O Código de Processo Civil de 1939, em seu art. 382, assim como o Código de Minas Gerais (art. 691), incluíram a ação de imissão na posse como de índole possessória. Também a ação de depósito (CPC, 901) já foi considerada como ação possessória, pelo Código de Processo Civil do Rio

Grande do Sul (art. 549).

O Código de Processo Civil vigente, corretamente, retornou às origens da jurisprudência brasileira que predominava antes do Código Civil, e tratou de considerar apenas o interdito proibitório e as ações de manutenção e reintegração de posse como verdadeiramente ações possessórias, deixando de lado a ação de imissão na posse, a de nunciação de obra nova e a de depósito. Estas duas últimas regulou como procedimentos especiais de jurisdição contenciosa, fora do rol das ações possessórias; a de imissão na posse não foi contemplada com procedimento especial.

Foi correta a posição adotada pelo legislador processual de 1973, porque a ação de imissão na posse é ação do proprietário, fundada no ius possidendi, e não propriamente uma ação possessória. Na verdade se pretende a posse, mas fundamentada no domínio. As ações possessórias se caracterizam por pedirem a posse com fundamento no fato jurídico da posse, o que não acontece com a ação de imissão na posse.

Mesmo o Código de Processo Civil de 1939, quando colocou a imissão na posse entre as ações possessórias (art. 382), exigia como requisito da petição inicial, a juntada do título de propriedade (!), reconhecendo, portanto, o caráter dominial do qual era revestida aquela ação.

O que determina o caráter possessório de uma ação não é só o pedido, como à primeira vista poderia parecer, mas sim a causa petendi, os fundamentos do pedido do autor. Se a causa de pedir for a posse e o pedido for a proteção dessa posse, estaremos diante de uma ação tipicamente possessória.

A confirmação dessa assertiva se encontra, v.g., na ação reivindicatória, onde o pedido é de restituição da coisa, portanto a posse, mas o fundamento desse pedido é a propriedade. Reivindico porque sou dono. Outro exemplo é o da ação de imissão na posse, há pouco referido: peço a posse, sob o fundamento de que adquiri a propriedade. Portanto, se o pedido for a posse, mas fundado no domínio (causa de pedir), a ação é dominial e não possessória.⁴ É irrelevante o nome que o autor der à ação, pois o que importa para qualificar uma ação como possessória, insistimos, é a conjugação do pedido com a causa de pedir: ambos devem ser a posse.⁵

Quanto à nunciação de obra nova, pode, eventualmente, ter como fundamento a posse, mas na verdade o que se quer por meio dela proteger é a propriedade.⁶ A ação de depósito visa à pretensão à devolução da coisa dada em virtude de contrato de depósito, não tendo, igualmente, por fundamento, a posse, mas a obrigação da devolução.

Outra ação que não guarda caráter unicamente possessório é a de embargos de terceiro, tendente apenas a livrar o bem de posse ou propriedade do terceiro estranho à relação processual, de constrição judicial que pesa sobre o mesmo bem.

Por fim, há a ação publiciana que, por objetivar a posse com fundamento no domínio de fato, adquirido pela usucapião mas ainda não declarado por sentença judicial, também pode ser considerada ação dominial e não típica e própria ação possessória. A publiciana é ação que visa à retomada da posse por quem a perdeu, mas com fundamento no fato de já haver adquirido a propriedade pela usucapião, aquisição essa de fato, pois o titular do direito à proteção pela publiciana ainda não obteve o reconhecimento judicial da usucapião. É a ação "reivindicatória" do proprietário de fato, por tudo e em tudo assemelhada à verdadeira reivindicatória, do proprietário de direito.⁷⁻⁸

Para o direito positivo vigente, pois, há somente três ações possessórias, que são as já mencionadas manutenção, reintegração de posse e o interdito proibitório (CPC, 926 e 932).

Caberá a ação de manutenção de posse quando o possuidor tiver a sua posse turbada por outrem; a reintegração será a ação apropriada no caso de o possuidor haver sofrido esbulho em sua posse; o interdito proibitório poderá ser requerido quando houver

fundado receio de que o possuidor seja molestado em sua posse.

O esbulho ocorre quando há a privação da posse, de modo a torná-la ineficaz pelo possuidor que sofreu o esbulho. A turbação fica no meio-termo, entre o esbulho e a tão-só ameaça, caracterizando-se pela prática de atos que justifiquem uma concreta ameaça à posse.

3. Fungibilidade das ações possessórias

O CPC, 920, estabelece que a propositura de uma ação possessória em lugar de outra não impede que o juiz conheça do pedido e conceda a proteção que entender adequada, desde que os requisitos para essa concessão estejam provados nos autos. É o que se denomina em doutrina de princípio da fungibilidade dos interditos possessórios.

É preciso mencionar, entretanto, que o juiz deverá conhecer do pedido, na medida exata em que se encontra deduzido pelo autor ou réu (já que a ação é dúplice), não podendo ser alterada a causa de pedir.⁹

Como normalmente em hipótese de ação possessória há a possibilidade de os fatos sofrerem alteração no curso do processo, seria aplicável o CPC, 462, já que estaríamos diante de um fato ou direito superveniente, conforme o caso.

Essa fungibilidade é válida para quaisquer dos três interditos. É possível, até, que o autor mencione ter havido turbação, pedindo a manutenção na posse, e, no curso do processo, o juiz verificar que aquelas circunstâncias por ele descritas na petição inicial caracterizam simples receio, e, á final, conceder o mandado proibitório e não o de manutenção. O que não pode ocorrer é, na pendência da ação de manutenção de posse, o mesmo autor ingressar com interdito proibitório, pois faltaria a ele o interesse processual.¹⁰

Como essa regra constitui uma exceção ao princípio geral estabelecido no CPC, 128 e 460, de que deve haver correlação entre causa de pedir, pedido e sentença, a fungibilidade deve ser interpretada restritivamente, somente atingindo os interditos possessórios. Assim, não poderá o juiz converter a ação possessória em reivindicatória¹¹ ou em ação de imissão na posse,¹² que, como já se frisou, são ações petitorias.

4. O caráter dúplice da ação possessória

A ação dúplice se caracteriza quando as posições de autor e réu no processo se confundem,¹³⁻¹⁴ sendo que, por essa razão, não poderá o réu deduzir reconvenção.¹⁵

Isto porque em sua contestação produzida na ação possessória poderá ele pedir a proteção possessória e indenização por perdas e danos (CPC, 922). Normalmente não poderia fazer isso, pois o réu não deduz pedido na contestação, mas apenas se defende do pedido do autor.

O elemento novo incluído na contestação da possessória pelo Código de Processo Civil – pedido de indenização –, faz com que a ação possessória não seja uma idêntica configuração da actio duplex do processo romano, mais se aproximando da actio contraria, de cunho notadamente reconvenicional.¹⁶ A duplicidade da ação possessória, entretanto, limita-se única e exclusivamente àqueles pedidos cuja formulação foi autorizada pelo CPC, 922. Se o réu quiser pedir a proteção possessória ou a indenização por meio outro que não seja o da contestação, carecerá de interesse processual.¹⁷

Nessa ordem de considerações, se o réu pretender outra coisa que não a proteção da posse ou a indenização pelos danos oriundos do esbulho ou turbação, deverá fazê-lo por meio da ação declaratória incidental¹⁸ ou pela via reconvenicional,¹⁹ pois na contestação somente poderá pedir o que a lei autoriza: a proteção possessória e a indenização por perdas e danos.

Poder-se-ia argumentar não ser possível a reconvenção nas possessórias, dada a diversidade de procedimentos entre elas, a possessória com rito especial e a reconvenção com rito ordinário. Isso não constitui, entretanto, óbice sério ao nosso alvitre, porque o procedimento especial das ações possessórias ocorre tão somente pela audiência prévia de justificação e a possibilidade de o juiz conceder ou não a liminar. Após essa fase, intimado o réu da decisão que concede ou denega a liminar, poderá ele oferecer resposta. Como o procedimento, a partir daí, será o ordinário (CPC, 931), nada obsta que o réu ajuíze a declaratória incidental ou a reconvenção, desde que, como já salientado, faça pedido diverso daqueles autorizados pelo CPC, 922, como possíveis de serem deduzidos na contestação da ação possessória de rito especial.

Havendo pedido de proteção possessória na contestação, é necessário que o juiz se pronuncie sobre ele, em atenção ao caráter dúplice da ação possessória. Deixando o juiz de decidir sobre o pedido do réu, constante da contestação, a sentença terá sido proferida *citra petita*, sendo, por conseguinte, nula.²⁰ Essa nulidade pode ser sanada pela oposição de embargos de declaração, fundados na omissão (CPC, 535), ou por recurso de apelação, no qual se deve pedir a anulação da sentença por error in procedendo. Evidentemente que para o réu obter o exame de sua pretensão possessória na sentença da ação que lhe é movida, deve pedir expressamente na contestação a proteção possessória ou outra constante do CPC, 922, pois a improcedência do pedido do autor não significa, automaticamente, a proteção da posse do réu.

De outro lado, o juiz deve ater-se aos pedidos feitos pelo autor na petição inicial, que podem ser quatro: a proteção possessória, a indenização por perdas e danos, a pena pela nova turbação ou esbulho e o desfazimento de construção ou plantação feita em detrimento de sua posse (CPC, 921). Os pedidos devem ser claros e constar expressamente da exordial. O juiz que conceder qualquer um deles sem que o autor haja pedido expressamente, julgará *extra petita*.²¹

Problema interessante há a respeito da fungibilidade das ações possessórias. No caso de o autor haver pedido ou manutenção ou reintegração, mas sem a cominação de pena, e, no curso do processo o juiz perceber tratar-se de caso de concessão de interdito proibitório, deverá abrir oportunidade ao autor para que se manifeste a respeito, podendo este, inclusive, aditar a petição inicial para pedir a aplicação da pena pecuniária. Isto deve ocorrer somente no caso de o autor não se haver utilizado do expediente do CPC, 921, II.²²

5. As partes na ação possessória

Pode promover a ação possessória aquele que tem posse (manutenção ou interdito proibitório) e aquele que foi despojado da posse (reintegração).

Irrelevante tratar-se de posse natural ou posse civil: ambos os possuidores têm direito à proteção por intermédio dos interditos.²³

Quanto à posse civil, que prescinde do animus e também do corpus, já era equiparada à posse natural para fins de proteção, conforme nos dá conta o alvará de 09.11.1774, interpretado pelo assento de 16.02.1786. Posteriormente, o Regulamento 737, de 1850, em seu art. 597, a ela se refere dizendo equiparar-se, em seus efeitos, à posse natural.

²⁴ O nosso Código Civil reiterou esse posicionamento, admitindo como formas de aquisição da posse a sucessão legal (CC, 1.572) e o constituto possessório (CC, 494, IV), ambos caracterizadores da posse civil.²⁵

Aquele que tem posse direta, isto é, o poder físico de fato sobre a coisa, exercido de forma imediata e direta, pode valer-se dos interditos possessórios para a defesa de sua posse. O possuidor indireto (CC, 486), como, por exemplo, o nu-proprietário, o dono da coisa empenhada, o locador, cuja posse pode conviver harmonicamente com a do possuidor direto (usufrutuário, credor pignoratício, locatário), tem direito à utilização da proteção possessória interdital.²⁶⁻²⁷

Ambos os possuidores, o direto e o indireto, têm interdito possessório contra terceiro para a defesa de sua posse. Entretanto, pode ser que haja litígio entre eles, caso em que a posse será deferida a quem tiver o melhor título. Na vigência do contrato de locação, por exemplo, o possuidor indireto (locador) não poderá arrebatá-la a posse do possuidor direto (locatário). Caso o locador turbe ou esbulhe a posse do locatário, este tem ação possessória contra o possuidor indireto. De outra parte, terminado o contrato de locação sem que o locatário tenha devolvido a posse direta ao locador, este pode pedir a posse de volta. Nesse caso, nada obstante tenha havido esbulho pelo antigo locatário, que tem a posse atual sem título jurídico para tanto (o prazo do contrato terminou), o locador que quiser retomar a posse do imóvel locado não pode ajuizar ação possessória. Terá de agir por meio da ação de despejo, conforme exigência expressa do sistema legal brasileiro (LI, 5.º – Lei 8.245/91).

Aquele que nunca teve a posse, quer porque não a exerceu de fato, quer porque não lhe foi transferida, não poderá servir-se dos interditos possessórios para obtê-la. A ação correta é a petição, se a pretensão estiver fundada no domínio. É o caso, por exemplo, do adquirente que não recebe a posse do vendedor, que poderá, então, utilizar-se da ação de imissão na posse, se o vendedor recusar-se a transferi-la de fato ao adquirente.

O adquirente a quem é transferido o domínio, normalmente também recebe a posse do alienante, já que essa é a exteriorização do domínio, sendo corolário e consequência da transferência do domínio. Na escritura de compra e venda, portanto, normalmente consta que o alienante transfere o domínio, a posse e todos os direitos que tinha e exercia sobre a coisa. Esse adquirente, que pode nunca ter tido posse física da coisa, adquiriu-a por intermédio da compra e venda e pode valer-se dos interditos possessórios para defendê-la.

O alienante que não tem posse atual, mas transfere o domínio, fazendo constar da escritura que transmite também todos os direitos e ações que tinha e exercia sobre a coisa, ensina ao adquirente a utilização dos interditos possessórios para que possa reaver a coisa de quem injustamente a possuía. Ainda que seja omissa a escritura quanto à transferência de direitos e ações sobre a coisa, é possível que o adquirente possa valer-se dos interditos possessórios, conforme se possa extrair da interpretação do negócio jurídico (CC, 85) que essa foi a intenção das partes contratantes quando da compra e venda.

O sistema jurídico brasileiro protege a posse, independentemente de ser justa ou injusta. Com efeito, o possuidor que não tem nem justo título nem boa-fé pode adquirir imóvel pela usucapião, desde que presentes os requisitos legais para tanto (CC, 550). De conseguinte, tanto o possuidor de boa-fé, o que tem justo título, como também o possuidor que possui injustamente (sem título jurídico) podem utilizar-se dos interditos possessórios para a proteção judicial de sua posse.²⁸

Tendo em vista que a ação possessória não tem o caráter de real imobiliária, sendo uma ação pessoal, não há necessidade de autorização conjugal para a propositura da ação, nem da citação de ambos os cônjuges para integrar o pólo passivo da relação jurídica processual,²⁹ salvo nos casos de composses ou de ato por ambos praticado (CPC, 10, § 2.º). Quando o regime do casamento for o da comunhão parcial ou da separação de bens, em que um dos cônjuges exerça posse sozinho sobre bem imóvel, pode ajuizar possessória sem o consentimento do outro cônjuge e, caso seja réu de ação possessória, integrará o pólo passivo igualmente sozinho, sendo desnecessária a citação do outro cônjuge. Quando o regime de bens do casamento for o da comunhão universal, ambos os cônjuges são compossuidores e o raciocínio aqui expendido não se aplica. Abaixo tratamos do problema da compossessão.

A posse, segundo o direito positivo brasileiro vigente, não é direito real. É poder de fato que se exerce sobre a coisa, ao qual o direito empresta relevância e consequências importantes. Não é, entretanto, direito real, por lhe faltarem os atributos da oponibilidade erga omnes, da tipicidade e da taxatividade dos direitos reais, entre

outros.³⁰

Não sendo a posse um direito real, conseqüentemente a ação possessória não é ação real. Nela o fundamento do pedido (causa de pedir) é a posse e o objeto (pedido) também é a posse, vale dizer, a proteção da posse. Na ação real, ao contrário, o fundamento do pedido é o domínio ou outro direito real e o pedido pode ser a posse (v.g., ação reivindicatória) ou mesmo a propriedade (v.g., ação de usucapião).³¹

Sendo a posse um poder de fato sobre a coisa, a exclusividade é da sua natureza. Duas ou mais pessoas não podem, ao mesmo tempo, exercer poder físico de fato sobre a coisa, possuindo-a cada um por inteiro (*possessio plurium in solidum*).³² O direito admite, todavia, que cada um possua parte abstrata (ideal) da coisa. Trata-se de ficção jurídica para representar uma realidade fática impossível, que é duas pessoas exercerem poder fático, ao mesmo tempo, sobre a mesma coisa. Essa situação é denominada de posse comum, composses ou compossessão.³³

O compossuidor, quer seja condômino (CC, 634) ou não pode, sozinho, pleitear em juízo a defesa de sua posse indivisa, como se deduz do CC, 488.³⁴ Para tanto basta demonstrar a existência da posse exercida por mais de uma pessoa e a indivisão dessa mesma posse (pro indiviso). A defesa da posse pelo compossuidor pode ser feita de sua posse como da posse da totalidade dos demais compossuidores. A indivisão da posse é atributo inerente à composes.

Não havendo indivisão, não há que se falar em composes. Isto porque se o possuidor exerce posse em parte determinada, é possuidor exclusivo dessa parte e não compossuidor. Poderá defendê-la individualmente e o problema da defesa da composes não se apresenta.

A legitimidade ativa do compossuidor para a utilização dos interditos posses-sórios existe quer quando se trate de *pars certa pro indiviso*, como de *par incerta pro indiviso*, porquanto o CC, 488, apenas se refere à indivisão, sem fazer distinção entre parte certa e incerta dessa mesma indivisão, como condição para que o compossuidor possa, sozinho, defender a posse dele e a de todos os compossuidores.³⁵

Não precisa ser formado litisconsórcio ativo entre ele e os outros compossuidores. A formação desse litisconsórcio ativo é facultativa. O sistema é coerente, aliás, com o do regime da defesa judicial da propriedade pelo condômino. O CC, 623, II, autoriza um dos condôminos a, sozinho, reivindicar a coisa de quem injustamente a possua. No pólo ativo da demanda possessória, portanto, eventual litisconsórcio que vier a ser formado entre os compossuidores (e entre comproprietários) será facultativo.

Quando o compossuidor for casado, a solução para a legitimidade ativa na utilização dos interditos possessórios é a mesma: pode, sozinho, ajuizar ação na defesa da posse comum do casal (CC, 488 e 634). Dado o seu caráter instrumental, o sistema processual não pode empecer a realização do direito material, como é óbvio. Assim, como o direito material autoriza a defesa da composes por apenas um dos compossuidores, não seria lícito ao direito processual estabelecer regra diferente, de modo a dificultar a defesa em juízo do direito material, tal qual estipulado nas regras legais do mesmo direito material. Por essa razão não se pode interpretar a regra do CPC, 10, § 2.º, como sendo caso de litisconsórcio necessário ativo.³⁶

Caso não seja formado o litisconsórcio ativo facultativo entre os compossuidores e um ou apenas alguns deles ajuízem ação possessória – o que é permitido pelo CC, 488 –, se o autor for casado necessitará da licença conjugal (CPC, 10, § 2.º).³⁷ Trata-se de verdadeiro caso de integração de capacidade, que é pressuposto processual, vale dizer, a capacidade processual do autor só estará completa se seu cônjuge o autorizar a demandar a defesa da composes.

Isso nada tem que ver com o comando da sociedade conjugal, que pertence a ambos os cônjuges, em igualdade de condições (CF, 226, § 5.º),³⁸ mas sim com a potencialidade

que essas ações têm de resultar em perda ou oneração de bens e direitos que só por ambos os cônjuges podem ser alienados ou onerados, independentemente do regime de bens do casamento.³⁹

Não integrada essa capacidade, o juiz deverá fixar prazo razoável para que seja preenchido o pressuposto processual (CPC, 13), sob pena de declarar nulo o processo e extingui-lo com base no CPC, 267, IV. Não se trata de extinção por carência (CPC, 267, VI), porque não ocorre a carência, já que o autor é parte legítima; apenas precisa de autorização para praticar validamente atos processuais (CPC, 7.º e 8.º). A matéria é de ordem pública, que o juiz deve conhecer ex officio, independentemente da alegação da parte ou interessado.

Havendo recusa do cônjuge em conceder a autorização para o outro ajuizar, sozinho ação possessória quando ambos forem compossuidores, poderá ser pedido o suprimento judicial dessa outorga. Trata-se de procedimento de jurisdição voluntária,⁴⁰ que deverá seguir o rito estabelecido no CPC, 11. O juiz – do juízo da família, onde houver⁴¹ – poderá suprir o consentimento negado pelo cônjuge, a fim de que se regularize a capacidade processual do autor.

No pólo passivo de ação possessória devem estar presentes, necessariamente, os compossuidores. Se o sistema não exige o litisconsórcio necessário para a defesa ativa da composesse (CC, 488 e 634), exige-o, entretanto, para a defesa passiva (CPC, 10, § 2.º). Anotamos, mais uma vez, a coerência do sistema, que dispensa o litisconsórcio ativo nas ações de defesa da compropriedade (CC, 623, II), mas exige o litisconsórcio passivo nas referidas ações reais (CPC, 10, § 1.º).

De consequência, havendo ação possessória movida contra compossuidores, sejam ou não casados, é obrigatória a formação de litisconsórcio passivo entre eles. Caso o autor promova a demanda possessória contra apenas um dos compossuidores (casados ou não), o juiz deverá intimá-lo para que, querendo, promova a citação do litisconsorte passivo necessário, sob pena de, em não o fazendo, extinguir-se o processo sem julgamento do mérito, por falta de pressuposto processual de validade (CPC, 47, par.ún., e 267, IV).⁴²⁻⁴³

O sistema prevê, também, a necessidade de os compossuidores estarem no processo da ação possessória, quando a demanda disser respeito a ato praticado por todos eles (CPC, 10, § 2.º). A hipótese aqui é de litisconsórcio necessário,⁴⁴ mas nada tem que ver com a posse stricto sensu e sim com o fato de que ninguém pode ser atingido pela coisa julgada, por atos que praticou, sem que lhe tenha sido dada oportunidade para defender-se no processo.⁴⁵ Ou, por outra, ninguém pode ter sua esfera jurídica atingida pela autoridade da coisa julgada, sem que tenha participado da relação jurídica processual.

O companheiro ou concubino pode exercer composesse, dependendo do teor da relação concubinária ou de união estável. Nesse caso, terá composesse a justo título, podendo, portanto, valer-se dos interditos possessórios. Não é fâmulos da posse.

Para correção da ilegitimidade passiva, é possível ao servidor da posse nomear o verdadeiro possuidor à autoria (CPC, 62).

Chamamento do processo pode ser utilizado quando houver pedido de perdas e danos no caso de composesse.

Quanto à legitimidade passiva um problema delicado está a merecer análise. Quando houver invasão de imóvel por várias pessoas, por exemplo, muita vez não é possível àquele que pretende a proteção possessória individualizar os ofensores da posse. Deverá, entretanto, dirigir o seu pedido contra esses ofensores, utilizando-se de quaisquer dados que possam determiná-los. O que é importante salientar é que os réus devem ser determináveis e não necessariamente determinados. Posso pedir a proteção possessória contra o Manuel de tal, que se encontra em meu imóvel praticando esbulho.

Esse réu pode estar praticando atos de violência, esbulhando, v.g., com armas, não dando oportunidade ao que pretende a proteção possessória de saber o seu nome e qualificação para efeitos de individualização na petição inicial. Mas, ao se indicar que a ação está sendo movida contra uma pessoa branca, com mais ou menos 1,80m de altura, 80kg de peso e que consta chamar-se Manuel, essa pessoa é determinável. Logo, terá sido preenchido o requisito da legitimidade passiva de parte, não podendo o juiz indeferir a inicial ou julgar o autor carecedor da ação por falta de uma condição da ação.

Esta advertência é importante porque verificamos que, na análise dessa questão, que ocorre amiúde no foro, os juízes têm decidido de modo heterogêneo, o que vem comprovar a dificuldade de uma tratativa mais firme da matéria, com a sensibilidade que se deve ter para a solução dos problemas ocasionados pelos fatos que ensejam a proteção possessória. Muitos juízes indeferem a inicial de plano, por não ter o autor indicado na peça inaugural o nome e a qualificação completa do(s) réu(s). Esse procedimento não está correto, a nosso ver.

Assim, se o autor menciona que houve esbulho por uma pessoa, ou pessoas, ou ainda grupo de pessoas, determináveis, ainda que não indique a qualificação e o nome completo, a inicial não poderá ser indeferida. A sentença será dada entre o autor e essas pessoas determináveis, nada havendo de anormal nessas circunstâncias.⁴⁶

6. A liminar na ação possessória

Existe diferença entre a liminar na ação possessória, seja de rito especial (força nova), seja de rito comum (força velha), e as liminares proferidas em ações cautelares.

A liminar em ação possessória caracteriza-se como tutela diferenciada (tutela sumária), porquanto medida singular prevista no sistema para que possa ser concedida mediante cognição judicial sumária e provisória.

As ações cautelares têm por objetivo assegurar a eficácia e o resultado dos processos de conhecimento e de execução. São ações tipicamente processuais, já que instrumento de realização do próprio direito processual. Com elas nada se adianta, mas apenas se protegem os processos de conhecimento e de execução. O processo é tutelado imediatamente e o direito material mediata, indiretamente.

As liminares possessórias, diferentemente, têm caráter de adiantamento do resultado do pedido de proteção possessória.⁴⁷ A concessão da liminar funciona como se o juiz tivesse julgado procedente o pedido, liminar, antecipada e provisoriamente, até que seja feita a instrução e sobrevenha a sentença. A tutela do direito material é imediata. A única semelhança com a cautelar, portanto, é o atributo da provisoriedade, já que o juiz pode revogar a liminar e concedê-la, novamente, se for o caso, ou a propósito do juízo de retratação, se interposto o recurso de agravo de instrumento.

A razão de a lei assim determinar parece que vem da tradição do Direito romano e do Direito luso-brasileiro. O CC, 520, IV, estabelece que não há perda da posse se o possuidor for mantido ou reintegrado no "tempo competente".

Parece, à primeira vista, ocorrer um paradoxo, pois a lei diz não ter havido perda da posse e manda que o juiz reintegre o possuidor na posse. Ora, se há o mandado de reintegração é porque houve perda da posse!

Na verdade os fatos não se passam assim. Há uma ficção legal considerando "possuidor", ainda, aquele que até já perdeu a posse há menos de ano e dia. Normalmente não podem sobreviver, concomitantemente, duas posses antagônicas exercidas sobre o mesmo bem. No caso, porém, o CC, 520, IV, considera possível essa concomitância, por ficção legal. A propositura da ação possessória, de procedimento especial, dentro do prazo de ano e dia contado da turbação ou do esbulho, funciona como se fora uma espécie de condição suspensiva para verificar-se a perda da posse. Com isso queremos dizer que, havendo turbação ou mesmo esbulho, se dentro de ano e

dia o que teve a sua posse turbada ou esbulhada não requerer a proteção por meio dos interditos da manutenção ou reintegração, perde a posse em favor do turbador ou do esbulhador, somente podendo reclamá-la pelas vias do procedimento comum, ordinário ou sumário, dependendo do valor dado à causa (CPC, 275, I), ou, ainda, pelo procedimento sumariíssimo dos Juizados Especiais Cíveis, de acordo com a LJE, 3.º, IV, c/c a LJE, 3.º, I (valor da causa não excedente de quarenta salários mínimos).

Portanto, a ficção legal que considera ainda possuidor aquele que teve arrebatada a posse pelo esbulho ocorrido há menos de ano e dia, é o fundamento, em nosso entender, para que seja adiantada, pela concessão da liminar, a pretensão possessória definitiva, pretensão essa exercida por meio dos interditos.

A origem do tempo de ano e dia é controvertida na história dos interditos possessórios. Em termos de direito brasileiro, entretanto, já havia a ele referência nos textos das Ordenações Filipinas, Livro II, Título I, § 60.

Esse prazo se inicia com a efetiva turbação ou o efetivo esbulho praticado contra a posse. O importante é salientar que o prazo começa a correr a partir da ocorrência da turbação ou do esbulho, se o ato de violação da posse for clandestino.⁴⁸ Assim já diziam as Ordenações Filipinas, Livro III, Título II, § 60. Trata-se de prazo decadencial,⁴⁹ já que a ação possessória de rito especial tem caráter constitutivo executivo lato sensu (quanto à proteção possessória), mandamental quanto ao mandado de interdito proibitório e condenatório no que pertine às perdas e danos.

O juiz poderá conceder a medida liminar, ainda que não tenha sido pedida expressamente na inicial, desde que tenha ocorrido há menos de ano e dia, e que tenha ele mencionado na inicial que o procedimento a ser imprimido será o especial. Não havendo dúvida no sentido de que o autor pediu que a ação se processasse pelo procedimento especial do CPC, 920 et seq., o juiz pode conceder ex officio a liminar, pois essa é ínsita àquele procedimento. Por consequência, pode o juiz determinar, também de ofício, a realização de audiência de justificação da posse, tudo em nome do princípio do impulso oficial, segundo o CPC, 262. Ao autor cabe a iniciativa do procedimento especial da ação possessória. Os demais atos decorrentes do impulso do procedimento, como a determinação de audiência de justificação e a concessão ou delegação da liminar, são atos que devem ser praticados independentemente de pedido do autor. Aliás, além do CPC, 262, o CPC, 928, fala expressamente que o juiz “determinará” a justificação da posse, indicando regra imperativa que deve ser obedecida ex officio pelo juiz.

O rito especial com a manutenção ou reintegração initio litis pode ter por objeto posse de coisa móvel ou imóvel. Quando se tratar de ação de força velha, o procedimento será o comum: ordinário ou sumário, dependendo do valor dado à causa (CPC, 275, I). Assim, é vedada a concessão da liminar interdital nas ações de força velha, irrelevante sejam elas processadas pelo ordinário, sumário ou sumariíssimo (LJE, 3.º, IV). Nelas pode ser pedida a antecipação da tutela (CPC, 273), que, embora tenha a mesma natureza antecipatória das liminares interditalis e, na prática, os mesmos efeitos daquelas liminares das possessórias de rito especial, só pode ser concedida se preenchidos os requisitos do CPC, 273, que são bem mais rígidos e gerais do que os exigidos para a concessão da liminar interdital.⁵⁰

Em se tratando de ação de força velha ou cujo objeto seja a proteção da posse de coisa móvel, em que o procedimento a ser adotado é o sumário, é vedada a concessão da liminar interdital, conforme salientado acima.⁵¹ Entender o contrário seria admitir a existência de um “procedimento comum sumariíssimo especial”, o que por si mesmo indica falta de lógica, atentando contra o sistema processual do Código, pois do contrário não haveria nenhuma diferença entre o procedimento especial e o comum sumariíssimo para as ações possessórias. Melhor será interpretar, tanto o CPC, 920, quanto a LJE, 3.º, IV, de modo sistemático:

- a) somente a ação especial (de força nova) admite a concessão de medida liminar, podendo ter por objeto a proteção de posse de imóveis e de móveis;
- b) a ação de força velha será processada pelo procedimento comum ordinário, sumário ou sumariíssimo veda a concessão da medida liminar interdital initio litis.

Não sendo concedida a liminar inaudita altera parte, o juiz determinará a citação do réu para comparecer à audiência de justificação da posse. Essa audiência tem a única finalidade de dar elementos de cognição ao juiz, absolutamente sumários, a fim de que examine a possibilidade de conceder ou não a liminar. A prova, portanto, é exclusiva do autor. O réu, comparecendo à audiência, poderá reperguntar. A ele não é lícito, entretanto, arrolar testemunhas nem requerer o depoimento pessoal do autor.

Isto não seria atentatório ao princípio do contraditório, porque ainda não ocorreu a oportunidade para o réu contestar o pedido do autor. Somente após a justificação, intimado o réu da decisão que concede ou denega a liminar, é que se iniciará o prazo para ele contestar (CPC, 930, par.ún.). Antes da contestação os fatos ainda não se tornaram controvertidos e a prova somente pode cingir-se a eles.

Concedida ou denegada a liminar, é cabível o recurso de agravo de instrumento. Não o retido. Trata-se de decisão interlocutória proferida, pois, no curso do processo. O fato de poder ser revogada a liminar pelo juiz, dado o seu caráter provisório, nada tem que ver como o cabimento ou não do recurso de agravo. Havendo o juiz decidido questão incidente no processo – e a liminar o é –, cabe o recurso de agravo.⁵²

O regime do agravo fica na conveniência do agravante, como é curial, desde que subsista o interesse em recorrer, na obtenção dos resultados visados com a interposição do agravo, requisito necessário para o conhecimento de todo e qualquer recurso, no momento em que o tribunal vá apreciar o agravo retido, como preliminar do recurso de apelação, reiterado nas razões ou contra-razões do apelo. Assim, conforme já dissemos acima, se eventualmente interposto o agravo retido, este não deverá ser conhecido por faltar ao recorrente o interesse em recorrer.

Concedida a liminar o réu poderá agravar dessa decisão. Qual o seu interesse em ver rejugada a questão da liminar, quando os autos forem ter ao tribunal por ocasião de futura apelação? A ele interessa, quando intimado da concessão e/ou execução da liminar, a revogação imediata dessa mesma medida liminar. Depois de proferida a sentença seu interesse é apenas no procedimento e provimento da apelação, se tiver sido julgado procedente o pedido do autor. Julgada a lide definitivamente, com a prolação da sentença ao réu não interessa mais discutir acerca da medida liminar que fora concedida no início do processo.

A recíproca também é verdadeira: denegada a liminar, o autor só terá interesse na imediata manutenção ou reintegração na posse, de nada lhe adiantando a reapreciação dessa questão no julgamento de eventual e futura apelação, quando os efeitos danosos da posse da parte contrária já terão ocorrido no tempo. Aí, então, só lhe interessará o julgamento da apelação, se perder a demanda, mas não a discussão sobre a liminar.⁵³

O juiz poderá retratar-se da decisão sobre a liminar somente quando houver agravo.⁵⁴ Não poderá negar a liminar, se presentes todos os requisitos exigidos por lei para a sua concessão,⁵⁵ sendo-lhe, ainda, vedado sujeitar o autor à justificação prévia, se a inicial veio instruída com todos os documentos comprovando a turbação ou o esbulho, bem como a sua data.⁵⁶

A liminar deverá ter sua duração prolongada até que seja prolatada a sentença. No caso de o pedido ser julgado procedente, é, ipso facto, mantida a liminar. Eventual recurso de apelação contra a sentença de procedência será recebido nos efeitos suspensivo e devolutivo, em nada afetando a eficácia da liminar. O mesmo ocorrerá se o juiz julgar improcedente a pretensão possessória: a liminar continuará a produzir efeitos, até que

seja julgada a apelação, que deverá ter sido recebida no duplo efeito.

7. Exceção de domínio

Um problema que se coloca quanto à defesa nas ações possessórias é o relativo à *exceptio dominii*, autorizada mas privada de eficácia, segundo o texto da primeira parte do CC, 505.

A segunda parte do CC, 505, estabelece que não deverá ser deferida a posse a favor daquele a quem, evidentemente, não pertencer o domínio. Essa proposição foi repetida, com alguma modificação, pela segunda parte do CPC, 923, em sua redação originária: "Não obsta, porém, à manutenção ou à reintegração na posse a alegação de domínio ou de qualquer outro direito sobre a coisa; caso em que a posse será julgada em favor daquele a quem evidentemente pertencer o domínio".

A Lei 6.820, de 16.09.1980, alterando a redação do CPC, 923, suprimiu a segunda parte. O referido artigo tem, hoje, a seguinte redação: "Na pendência do processo possessório é defeso, assim ao autor como ao réu, intentar ação de reconhecimento do domínio".

Verificamos, então, que o problema merece ser analisado por dois aspectos diferentes: o da exceção de domínio, com o consectário do julgamento da posse em favor daquele a quem evidentemente pertencer o domínio; e o da proibição do ajuizamento da ação petitória, na pendência da possessória.

A doutrina brasileira vem proclamando, desde antes da vigência do Código Civil, a necessidade de dar-se à proteção possessória, um tratamento efetivo e autônomo da petitória. Nessa consideração, ficaria esvaziada a proteção da posse, se se permitisse nas ações possessórias a defesa com base no domínio.⁵⁷

Por essa razão, o CC, 505, 1.^a parte, criou o instituto da irrelevância da alegação de domínio na ação possessória. Não a proibiu, porém a ignorou dizendo que a *exceptio dominii* não obsta à manutenção ou reintegração na posse.

A segunda parte desse CC, 505, entretanto, é que tem gerado acirradas discussões em doutrina e jurisprudência. O STF, ao interpretá-la, firmou jurisprudência com o verbete da Súmula 487 do STF: "Será deferida a posse a quem, evidentemente, tiver o domínio, se com base neste for ela disputada".⁵⁸

Segundo a tese por nós defendida neste trabalho, somente consideramos ação possessória aquela em que a causa petendi for o fato jurídico da posse, e o pedido a proteção dessa mesma posse. Assim, temos para nós que, se a posse for disputada com fundamento no domínio, não se poderia falar, rigorosamente, em ação possessória: a ação seria petitória! Seria praticamente a mesma situação daquele que reivindica a coisa, pois que na ação reivindicatória (petitória), o pedido é a restituição da posse e a causa de pedir é o domínio.

O domínio alegado como defesa, em ação "possessória" fundada também no domínio, será analisado incidenter tantum ou até principaliter, se assim o permitir o ordenamento. Mas, frise-se, essa ação não tem caráter tipicamente possessório. Os problemas dominiais que surgem em torno dela são aparentemente incompatíveis com o CPC, 923, e com o CC, 505.

O fato de a Lei 6.820/80 haver revogado a segunda parte do CPC, 923, significa que também revogou a segunda parte do CC, 505. Conceber o contrário seria faltar à lógica e à unidade do sistema jurídico. Não seria razoável supor que o legislador quisesse revogar somente o CPC, 923, 2.^a parte, e manter a 2.^a parte do CC, 505. A revogação desta última restou implícita.⁵⁹

Outro argumento que poderia ser levantado em favor da tese da revogação é o da incidência da LICC, 2.^o, § 3.^o, que proíbe a ripristinação da lei: o CPC, 923, por regular a matéria então tratada no CC, 505, 2.^a parte, a teria derogado; a Lei 6.820/80, havendo

revogado a 2.^a parte do CPC, 923 (lei revogadora), não teria restaurado a lei revogada (2.^a parte do CC, 505), porque não fez menção expressa sobre eventual propósito restaurador.⁶⁰

Não há identidade de ações entre a possessória e a petitória, como é óbvio. Naquela há o pedido de proteção da posse fundamentado no fato jurídico da posse; nessa o pedido é de restituição da coisa (posse) com fundamento no domínio. Mas há processualistas que afirmam não poder o proprietário ficar manietado, impedido de propor a petitória, quando pendente ação possessória fundada somente na posse. Fala-se, até, em inconstitucionalidade do CPC, 923, na medida em que limita o exercício do direito constitucional de propriedade.

A tese da inconstitucionalidade não tem sabor de novidade. Já foi discutida na Corte Constitucional italiana, tendo sido afastada a alegação de inconstitucionalidade. Afirmou aquele tribunal que a vedação do ajuizamento da petitória na pendência da possessória é uma limitação válida do direito de propriedade, na medida em que protege o direito de defesa da posse, já que existiria interesse público na manutenção da autonomia entre as ações possessórias e petitórias.⁶¹

No direito brasileiro houve pronunciamento do STF em idêntico sentido, restando repelida a tese da inconstitucionalidade.⁶²

Na verdade, em sendo permitida a alegação de domínio em ação possessória, restaria vazia a defesa da posse: bastaria que o dominus tomasse a posse à força, fora do permissivo do CC, 502, e, na ação possessória promovida por aquele que sofreu o esbulho, cometido pelo titular do domínio, este o alegasse em defesa. Haveria um estímulo da autotutela privada, o que é vedado pelo sistema jurídico brasileiro, constituindo, inclusive, crime (CP, 345).

Melhor seria interpretar-se o CC, 505, e o CPC, 923, como normas tendentes a separar, inclusive no tempo, a ação possessória da petitória. Assim, enquanto pendente a possessória, nem autor nem réu podem utilizar-se da ação petitória: há uma condição suspensiva, por assim dizer, do exercício do direito de propriedade. Isto parecer vir a propósito do princípio constitucional que exige que a propriedade tenha um fim social.

8. Competência

A ação possessória não é ação real. Entretanto o CPC, 95, 2.^a parte, estabelece que o foro competente para o julgamento da ação possessória é o da situação da coisa (*forum rei sitae*).

Como a norma se encontra topograficamente dentro do capítulo de competência territorial, poderia parecer tratar-se de competência relativa. Entretanto, como a própria redação do dispositivo insinua, não podem as partes optar pelo foro de eleição, quando o litígio versar sobre a posse.

Não havendo possibilidade de prorrogação por vontade das partes, tem-se que a competência para a ação possessória é absoluta. A doutrina manifesta-se no sentido de que se trata de competência funcional, ainda que cumulada a possessória com ação de natureza obrigacional, onde a competência é relativa,⁶³ com o que concordamos.

Como é curial, pode haver cumulação de ações, sendo uma delas possessória, desde que se opte pelo procedimento comum. Neste caso, se a ação cumulada com a possessória for regulada por competência relativa, há concorrência de competências: a absoluta para a ação possessória e a relativa para a ação cumulada. Ocorrendo isto, a competência absoluta, porque ditada em razão da ordem pública, prevalece sobre a relativa e, para designar-se o foro competente, é mister o ajuizamento de ambas as ações cumuladas no foro da situação da coisa, conforme determina a norma cogente do CPC, 95, 2.^a parte. É o caso, e.g., da ação de rescisão de contrato cumulada com a reintegração de posse. Ao contrário do que se tem afirmado, a reintegração de posse não é mera consequência da

rescisão do contrato. Trata-se, isto sim, de dois pedidos distintos e autônomos entre si, muito embora guardem relação de interdependência, pois o juiz não poderá restituir a posse sem antes rescindir o contrato.

(*) Este artigo tem por base o texto que publicamos em 1988, na RePro 52/170-182. Foram feitas atualizações e novas considerações sobre a proteção possessória. Não se trata apenas de atualização, mas de verdadeira revisão de nosso pensamento sobre o tema.

(1) Max Kaser e Karl Hackl. *Das römische Zivilprozessrecht*. 2. ed. München : C.H. Beck, 1996. § 62, II, p. 409 et seq. Sobre os interditos possessórios em geral, ver: Carl Georg Bruns, *Die Besitzklagen des römischen und heutigen Rechts*, Weimar, Herman Böhlau, 1874, passim; Friedrich Karl von Savigny, *Das Recht des Besitzes (Eine zivilistische Abhandlung)*, 7. ed., Aalen, Scientia, 1990 (reimpressão da edição de Wien, 1865), passim; Ernst Immanuel Bekker, *Das Recht des Besitzes bei den Römern*, Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1880, passim; Rudolf von Ihering, *Über den Grund des Besitzschutzes (Eine Revision der Lehre vom Besitz)*, Aalen, Scientia, 1968 (reimpressão da 2. ed., Jena, 1869), passim; Emilio Costa, *Profilo storico del processo civile romano*, Roma, Athenaeum, 1918, p. 105-113.

(2) Leopold Wenger. *Institutionen des römischen Zivilprozessrechts*. München : Max Hueber, 1925. § 16, n. 9 e 10, p. 161-165.

(3) Conforme notícia Astolpho Rezende, *As acções possessórias e a jurisprudência dos tribunais*, Rio de Janeiro-São Paulo-Belo Horizonte-Paris-Lisboa, Ed. Francisco Alves, 1914, p. 28-29, n. 2.

(4) Nesse sentido: RSTJ 73/280.

(5) Ainda que o autor rotule a ação de "possessória", se o fundamento de seu pedido for o domínio, a ação não é possessória, mas dominial. Nesse sentido: RSTJ 97/174.

(6) Ver, mais amplamente: Yussef Said Cahali (org.), *"Nunciação de obra nova", Posse e propriedade – Doutrina e jurisprudência*, São Paulo, Saraiva, 1987, p. 733-734, n. 2.

(7) Sobre a ação publiciana, ver Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, 5. ed., São Paulo, RT, 2001, coment. 4 ao CPC, 941, p. 1.306-1.307; José Maria Cuesta Saenz, *La acción publiciana*, Madrid, Montecorvo, 1984, passim; Georg Friedrich Puchta, *Lehrbuch der Pandekten*, 12. ed., Verlag Johann Ambrosius Barth, Leipzig, 1877, § 173, p. 258 et seq.; idem, *Cursus der Institutionen (System und Geschichte des römischen Privatrechts)*, 9. ed., Breitkopf und Härtel, Leipzig, 1881, v. II, § 233, p. 172 et seq.; Otto Lenel, *Das Edictum Perpetuum (Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung)*, 3. ed., B. Tauchnitz, Leipzig, 1927, § 60, p. 160 et seq.; Paul Jörs, Wolfgang Kunkel e Leopold Wenger, *Römisches Privatrechts*, 3. ed., Springer Verlag, Berlin-Göttingen-Heidelberg, 1949, § 80, 2, b, p. 143 et seq.; Rudolph Sohm, Ludwig Mitteis e Leopold Wenger, *Institutionen (Geschichte und System des Römischen Privatrechts)*, 17. ed., Duncker & Humblot, München-Leipzig, 1933, § 55, p. 319 et seq.; Moritz August von Bethmann-Hollweg, *Der Civilprozeß des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung – Der römische Civilprozeß*, v. II (Formulae), Adolph Marcus, Bonn, 1865, § 96, p. 308 et seq.; Wenger, *Institutionen*, cit., § 15, I, p. 150-151; Kaser-Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., § 64, II, 2, p. 425-426; Max Kaser, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, 2. ed., Böhlau Verlag, Köln-Graz, 1956, n. 35, p. 297 et seq.; Francesco Buonamici, *Storia della procedura civile romana*, L'Erma di Bretschneider, 1971 (reimpressão da edição de Pisa, 1886), v. I, p. 129-130; Moritz Wlassak, *Die klassische Prozeßformel*, v. I, Hölder-Pichler-Tempsky, Wien-Leipzig, 1924, II, p. 33;

Affonso Dionysio Gama, *Das ações de reivindicação*, São Paulo, Saraiva, 1928, p. 35-36, n. 19. Nas fontes do direito romano: *Digesto de Justiniano* 6, 2, 1; *Institutas de Gaio* 4, 36. Ver, também, José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo, *Lições de história do processo civil romano*, São Paulo, RT, 1996, p. 92.

(8) Como qualquer outra que a lei expressamente não proíba, a pretensão do possuidor ad usucapionem, que perdeu sua posse e quer reavê-la com fundamento no fato de que já adquiriu o domínio pela usucapião, pode ser deduzida perante o Poder Judiciário brasileiro (CF, 5.º, XXXV; CPC, 3.º, 126, 267, VI). Assim, podemos dizer que é possível utilizarmos a experiência romana da ação publiciana para defesa da posse com base no domínio. O STF já apreciou vários casos de ação publiciana, referindo-se expressamente à referida ação: STF, 1.ª T., Ag 36767/MG, rel. Min. Evandro Lins e Silva, j. 1.º.04.1966, DJU 15.06.1966 (admitida como qualquer outra pretensão: como o juiz não pode eximir-se de julgar, é meramente acadêmica a discussão sobre a subsistência, no direito brasileiro vigente, da ação publiciana); STF, 2.ª T., RE 10604/SP, rel. Min. Orozimbo Nonato, j. 25.07.1950 (admitida em tese); STF, 2.ª T., RE 32613/SP, rel. Min. Lafayette de Andrada, j. 04.12.1956, DJU 13.06.1957, p. 6.939 (admitida expressamente); STF, 1.ª T., RE 71636/RS, rel. Min. Luis Gallotti, j. 11.05.1971, DJU 20.08.1971 (admitida expressamente); STF, 1.ª T., EmbRMS 10604, rel. Min. José Linhares, j. 29.12.1950, DJU 24.10.1969.

(9) RT 320/201. No mesmo sentido: Nelson Nery Junior, "Direito superveniente. Não cabimento de alteração da causa de pedir", RePro 25/214, São Paulo, RT, 1982.

(10) Correto, portanto, o TFR, no acórdão proferido pela 1.ª T., Ap 99242/RO, rel. Min. Costa Leite, j. 18.02.1986, v.u., DJU 02.05.1986, p. 6.954, mencionado por Theotônio Negrão, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 32. ed., São Paulo, Saraiva, 2001, p. 874, nota 10 ao art. 920.

(11) RT 544/97. No mesmo sentido: JTJ 176/212.

(12) RT 612/106, 539/109; JTACivSP 102/91. Contra: RT 522/73.

(13) Ver, mais amplamente, Leopold Wenger, *Institutionen*, cit., § 16, II, 9, p. 161, e § 24, III, b, p. 244; Friedrich Ludwig von Keller, *Der römische Zivilprozess und die Aktionen in summarischer Darstellung*, 6. ed., anotada por Adolf Wach, Aalen, Scientia, 1966 (reimpressão da edição de Leipzig, 1883), § 90, p. 471.

(14) No período do processo formulário, do processo civil romano, havia os iudicia simplicia e os iudicia duplicia, especificamente aplicáveis aos interditos possessórios. Ver, sobre os interdicta duplicia, Bethmann-Hollweg, *Der Civilprozeß des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung – Der römische Civilprozeß*, v. II (Formulae), cit., § 98, p. 372 et seq. Sobre o conceito de ação dúplice, idem, ibidem, v. cit., § 99, p. 383.

(15) João Batista Monteiro. Ação de reintegração de posse. São Paulo: RT, 1987, p. 77, n. 19. No mesmo sentido: RSTJ 105/361; RT 618/128; JTACivSP 105/249.

(16) Sobre a distinção entre actio duplex e actio contraria, ver Buonamici, *Storia della procedura civile romana*, cit., p. 171-174.

(17) Clito Fornaciari Junior. *Da reconvenção no direito processual civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1983. p. 137, n. 38.

(18) Nelson Nery Junior. *Vícios do ato jurídico e reserva mental*. São Paulo : RT, 1983. p. 114; idem, "Ação declaratória incidental. Oportunidade e cabimento", RePro, n. 11-12, p. 289-293, São Paulo, RT, 1978; Nery-Nery, CPC coment.5, cit., coments. 1 e 2 ao CPC, 922, p. 1.293-1.294. Aliter, RJTJSP 32/128; Theotônio Negrão, CPC32, cit., nota 1a ao art. 325, p. 405. Tanto o acórdão inserto na RJTJSP 32/128 quanto Negrão,

negando o cabimento de reconvenção em possessória, não se deram conta de que a duplicidade da possessória, autorizada pelo CPC, 922, tem seus limites nas duas pretensões já mencionadas: posse e indenização. Havendo terceiro pedido, fora da autorização legal do CPC, 922, não pode o réu deduzi-lo na contestação: terá de reconvir ou ajuizar declaratória incidental. O equívoco dessas opiniões, portanto, ocorre pelo fato de não analisarem o problema por inteiro, concessa máxima venia. Nosso trabalho na RePro 11-12, p. 289-293, é de crítica ao acórdão da RJTJSP. No caso concreto (RJTJSP 32/128), o pedido deduzido na ADI era de reconhecimento de sociedade de fato, o que legitimaria a posse da ré, pedido esse que se encontrava fora, portanto, da duplicidade do CPC, 920 e perfeitamente dedutível por meio de ADI ou de reconvenção.

(19) Adroaldo Furtado Fabrício. Comentários ao Código de Processo Civil. 6. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1994. v. VIII, t. III, p. 371, n. 335. No mesmo sentido: RSTJ 112/169; JTJ 183/186; Lex-JTA 156/65.

(20) JTACivSP 72/50.

(21) Teresa Arruda Alvim Wambier. "Ações possessórias", RePro 43/187, São Paulo, RT, 1986.

(22) Adroaldo Furtado Fabrício. Coment.CPC6, cit., n. 390, p. 429.

(23) Reconhecendo o direito à reintegração de posse quando houver, no contrato, a cláusula constituti, ou seja, de transferência da posse pela escritura de compra e venda, ainda que o adquirente não tenha exercido nenhum ato físico de posse: RT 504/161. No mesmo sentido, mais recentemente: RSTJ 106/357. V. CC, 494, IV.

(24) No mesmo sentido, Astolpho Rezende, As ações possessórias, cit., n. 3, p. 29; Lafayette Rodrigues Pereira, Direito das coisas, 6. ed., Rio de Janeiro-São Paulo, Freitas Bastos, 1956, § 18, p. 61-63.

(25) No direito anterior, sobre a posse civil do herdeiro e a do comprador pela cláusula constituti, ver Antonio Bento de Faria, Processo commercial e civil (Dec. 737 de 25.11.1850), 4. ed., Rio de Janeiro, Jacintho Ribeiro dos Santos, 1914, comentários e notas ao art. 597, p. 204-207, com ampla referência bibliográfica e jurisprudencial.

(26) O direito alemão é expresso a esse respeito (BGB, § 869). Ver Detlev Joost, Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 3. ed., München, Beck, 1997, v. 6, comentário preliminar 14 ao § 854, p. 29, coment. 1 ao § 868, p. 89 e coment. § 869, p. 103-105; Peter Bassenge, comentários ao § 869, in Otto Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch (Kommentar), 60. ed., München, Beck, 2001, p. 1.125. A doutrina admite, ainda, o ajuizamento de embargos do devedor e de terceiro pelo possuidor indireto: Wolfgang Münzberg, comentário 29 ao § 771 da ZPO, in Stein-Jonas-Münzberg, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 21. ed., Tübingen, J.C.B.Mohr, 1995, v. 6, p. 540. Ver, também, Ernst Rohde, Der mittelbare Besitz, in "Studien im Besitzrecht", v. II, cit., Düsseldorf, Ed. Julius Baedeker, 1907, Parte XXI, p. 1-79, e Schutz des Besitzes, in "Studien im Besitzrecht", v. II, cit., Parte XXII, p. 1-120.

(27) No mesmo sentido, admitindo a utilização das ações possessórias pelo possuidor indireto: Joaquim Guedes Corrêa Gondim Neto, Posse indireta, Rio de Janeiro, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 1972, p. 121 et seq.; Carlos Alberto de Campos Mendes Pereira, A disputa da posse, São Paulo, LTr, 2000, p. 89; Álvaro Antônio Sagulo Borges de Aquino, A posse e seus efeitos, São Paulo, Atlas, 2000, p. 47.

(28) Nesse sentido: Lafayette, Direito das coisas⁶, cit., § 22, p. 70; Cláudia Aparecida Simardi, Proteção processual da posse, São Paulo, RT, 1998, p. 168, n. 4.1.

(29) STJ-RT 686/196; RSTJ 32/269; RT 578/213, 515/226; RJTJSP 67/254; JTACivSP

106/182; Nery-Nery, CPC Coment.5, cit., coment. 11 CPC, 10, p. 381-382. No mesmo sentido a conclusão 15 do 5.º Encontro Nacional dos Tribunais de Alçada: V Enta 15: "Ação possessória. Não se tratando de ação real, dispensável é a vênia conjugal para propô-la. Necessidade de citação de ambos os cônjuges quando o fato da posse disser respeito ou derivar de atos por ambos praticados". Contra, exigindo a vênia conjugal para o ajuizamento e a citação de ambos os cônjuges nas ações possessórias: RT 530/79, 514/203; RJTJSP 58/120; RF 265/321; Celso Agrícola Barbi, Comentários ao Código de Processo Civil, 10. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998, p. 94, v. I, n. 105.

(30) Nery-Nery, CPC Coment.5, cit., coment. 11 CPC 10, p. 381.

(31) Ovídio Baptista critica o pensamento jurídico exteriorizado por ocasião da polêmica sobre a citação de ambos os cônjuges na ação possessória. Discutia-se a natureza jurídica da posse para determinar ou não a necessidade da citação, quando, a seu ver, o centro dessa discussão estava equivocado. Dever-se-ia pensar na distinção entre ação obrigacional e ação real para a solução do problema e não na natureza jurídica da posse (Comentários ao Código de Processo Civil, São Paulo : RT, 2000. p. 88, v. 1, coment. 2 ao art. 10. Sobre a terminologia ações que versem sobre direitos reais imobiliários, que substituiu o termo "ações fundadas em direito real sobre imóvel", de todo imprópria, ver Cândido Rangel Dinamarco, A reforma do Código de Processo Civil, 5. ed., São Paulo, Malheiros, 2001, p. 48-49, ns. 16 e 17.

(32) Lafayette, Direito das coisas⁶, cit., § 7.º, p. 34.

(33) Savigny, Das Recht des Besitzes⁷, cit., § 11, p. 170 et seq.; Heinrich Dernburg, Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preußens, v. 3 (Das Sachenrecht des deutschen Reichs und Preußens), 2. ed., Halle, Verlag und Buchhandlung des Weisenhauses, 1901, § 15, 4, p. 52-53 e § 23, 8, p. 74-75; CC 488 e 634; BGB §§ 865 e 866; Ernst Rohde, Mitbesitz, in Studien im Besitzrecht, v. II, Düsseldorf, Verlag Julius Baedeker, 1911, Parte XVII, passim. Conferir as tratativas sobre a compossessão em: Fritz Baur, Lehrbuch des Sachenrecht, 14. ed., München, Beck, 1987, § 7.º, D, II, p. 64 et seq.; Karl Heinz Schwab e Hanns Prütting, Sachenrecht, 27. ed., München, Beck, 1997, § 11, 95 et seq., p. 45 et seq.; Detlev Joost, Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, v. 63, cit., §§ 865 e 866, 81 et seq.; Peter Bassenge, comentário aos §§ 865 e 866, in Otto Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch (Kommentar)⁶⁰, cit., p. 1.121-1.122.

(34) Pontes de Miranda. Tratado de direito privado. 4. ed. São Paulo : RT, 1983. t. X, § 1074, 3, p. 114-115.

(35) Idem, ibidem, t. X3, § 1074, 3, p. 114.

(36) Entendendo que, no caso do CPC 10 § 2.º, eventual litisconsórcio ativo será facultativo: José Joaquim Calmon de Passos, Inovações do Código de Processo Civil, Rio de Janeiro, Forense, 1995, p. 90; Sérgio Bermudes, A reforma do Código de Processo Civil, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 1996, p. 2.

(37) Falando em mera autorização conjugal para o ingresso do cônjuge compossuidor, sozinho, com ação possessória: Dinamarco, Reforma⁵, cit., n. 19, p. 51; Bermudes, Reforma², cit., p. 2; Calmon de Passos, Inovações, cit., p. 90.

(38) Nery-Nery, CPC coment.5, cit., coment. 3 CPC, 10, p. 381.

(39) Nesse particular é expresse e mais explícito o direito português: CPC português 28-A 1: "Devem ser propostas por marido e mulher, ou por um deles com consentimento do outro, as acções de que possa resultar a perda ou a oneração de bens que só por ambos possam ser alienados ou a perda de direitos que só por ambos possam ser exercidos, incluindo as acções que tenham por objecto, directa ou indirectamente, a casa

de morada de família". É curioso que a norma, ao mesmo tempo em que exige a formação litisconsorcial ativa (devem ajuizar), parecendo indicar tratar-se de litisconsórcio ativo necessário, diz que o cônjuge pode propor sozinho, com o consentimento do outro. Logo, de litisconsórcio necessário ativo não se trata, mas de integração de capacidade, como é o caso do CPC, 10, § 2.º, brasileiro.

(40) Ovídio Baptista, Coment.CPC-RT, cit., v. 1, coment. 9 ao art. 11, p. 94; Nery-Nery, CPC coment.5, cit., coment. 3 CPC 11, p. 384. Contra, entendendo tratar-se de verdadeira ação: Pontes de Miranda, Comentários ao Código de Processo Civil (de 1939), 2. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1959, v. VIII, coment. 1 ao art. 625, p. 59; Egas Dirceu Moniz de Aragão, "Suprimento judicial de consentimento. Quando não é cabível", Revista de Direito Processual Civil 6/261-262, São Paulo, Saraiva, 1967.

(41) Nery-Nery, CPC coment.5, cit., coment. 2 CPC 11, p. 384; Ovídio Baptista, Coment.CPC-RT, cit., v. 1, coment. 9, p. 95.

(42) O juiz não poderá determinar ex officio a citação porque ninguém pode litigar contra quem não queira (princípio dispositivo). Se o autor não quiser providenciar a citação do litisconsorte necessário, a lei, coerente com o princípio dispositivo, dá a consequência: extinção do processo sem julgamento do mérito (CPC, 47, par.ún.). Nesse sentido: Nery-Nery, CPC coment.5, cit., coment. 10 CPC, 47, par.ún., p. 449. No sistema do CPC de 1939 a situação era idêntica, pois o art. 91 dizia que se o autor não providenciasse a citação do litisconsorte necessário, o juiz absolveria o réu da instância (absolvição da instância do CPC/39 corresponde à extinção do processo sem julgamento do mérito no CPC/73). No entanto, a doutrina que se formou sobre o CPC/39, 91, falava em intervenção determinada ex officio pelo juiz (intervenção iussu iudicis), ainda que reconhecesse que a figura era estranha à tradição do processo civil lusobrasileiro. V., por todos, Moacyr Lobo da Costa, A intervenção 'iussu iudicis' no processo civil brasileiro, São Paulo, Saraiva, 1961, n. 1, p. 7.

(43) A causa da extinção do processo sem julgamento do mérito é a irregularidade na capacidade processual da parte (illegitimatío adprocessum) (CPC, 267, IV), que é pressuposto processual (CPC, 7.º e 8.º) e não condição da ação: a parte que se encontra no processo é legítima para figurar naquele pólo da relação processual, mas só pode ser proferida sentença de mérito se seu litisconsorte necessário estiver no processo, sob pena de a sentença ser inutiliter data (CPC, 47, par.ún.) (Nery-Nery, CPC coment.5, cit., coment. 12 CPC, 47, par.ún., p. 449). Portanto, afigura-se-nos incorreta a solução preconizada por alguns de a extinção ser fundada na carência da ação (CPC, 301, X) por ilegitimidade de parte (illegitimatío ad causam) (CPC, 267, VI) (a parte – singular – seria formada por todos os litisconsortes necessários). Outro argumento que contraria esta última solução é o de que o litisconsórcio indica cumulação subjetiva de demandas, ou seja, havendo litisconsórcio há mais de uma ação cumulada no mesmo processo. Logo, em caso de litisconsórcio, não pode haver 'parte' no singular, ainda que unitário o litisconsórcio.

(44) Nelson Nery Junior. Atualidades sobre o processo civil (a reforma do Código de Processo Civil brasileiro de 1994 e de 1995). 2. ed. São Paulo : RT, 1996. n. 6, p. 30-31. No mesmo sentido: Bermudes, Reforma2, cit., p. 2; Calmon de Passos, Inovações, cit., n. 7.1, p. 91.

(45) Clito Fornaciari Junior. A reforma processual civil (artigo por artigo). São Paulo : Saraiva, 1996. p. 2.

(46) A doutrina reconhece o caráter antecipatório, mediante tutela com cognição sumária, das liminares concedidas em ação possessória de rito especial. Nesse sentido: Nery-Nery, CC coment.5, coment. 4 CPC, 928, p. 1.299; José Roberto dos Santos Bedaque, Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização), 2. ed., São Paulo, Malheiros, 2001, p. 247 et seq., especialmente p.

253.

(47) Nery-Nery, CPC coment.5, coment. 4 CPC, 928, p. 1.299; Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, cit., t. X4, § 1140, p. 435. Em sentido conforme: Vicente Greco Filho, Direito processual civil brasileiro, 9. ed., São Paulo, Saraiva, 1995, vol. 3, n. 57.2, p. 224; Adroaldo Furtado Fabrício, Coment. CPC6, cit., n. 375, nota 120, p. 413. Parece concordar, nominando a liminar possessória de tutela sumária não cautelar, José Roberto dos Santos Bedaque, Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização), 2. ed., São Paulo, Malheiros, 2001, p. 247 et seq., especialmente p. 253.

(48) João Batista Monteiro. Ação de reintegração de posse, cit., n. 40, p. 137; Viana, Das ações possessórias, São Paulo, 1985, n. 28, p. 71; Adroaldo Furtado Fabrício, Coment.CPC6, cit., n. 351, p. 388-390.

(49) Tito Lívio Pontes. Da posse no direito civil brasileiro. 2. ed. São Paulo, 1978. p. 245.

(50) João Batista Lopes admite a concessão da tutela antecipada do CPC, 273, no curso da ação possessória de rito especial, quando se transformou em ação de rito ordinário pela não concessão da liminar (Tutela antecipada no processo civil brasileiro, São Paulo, Saraiva, 2001, n. 11.2. p. 92).

(51) Corretas as posições de Fornaciari Junior, "O procedimento das chamadas ações possessórias", in Posse e propriedade, cit., organizado por Cahali, p. 186, e de Batista Monteiro, Ação de reintegração de posse, cit., n. 29, p. 108-109. Parece estar de acordo, muito embora não faça referência à concessão da liminar, Fabrício, Coment.CPC6, cit., n. 317, p. 354-355. De outra opinião, admitindo a liminar no procedimento sumário, Vicente Greco Filho, Direito processual civil brasileiro, cit., v. 39, n. 57.2, p. 225.

(52) Teresa Arruda Alvim Wambier, op. cit., p. 190; Greco Filho, op. cit, v. 39, n., 57.2, p. 224; Batista Monteiro, op. cit., n. 62.1, p. 205, especialmente nota 312; Fabrício, Coment.CPC6, cit., n. 377, p. 414; Viana, op. cit., n. 40, p. 97. Na jurisprudência, RT 495/195, 490/99, 482/109, 480/174; RJTJSP 52/250. Contra: Fornaciari Junior, op. ult. cit., p. 193, entendendo somente caber o agravo da decisão que denega a liminar. Este último posicionamento, que acompanha a jurisprudência que existia sobre a matéria na vigência do CPC de 1939 (cf. Fabrício, Coment.CPC6, cit., n. 377, p. 414), não encontra respaldo na lei vigente, à vista do que dispõe o CPC, 522, que prevê o cabimento do agravo para toda e qualquer decisão interlocutória proferida no processo.

(53) O problema parece ter escapado à análise de Fabrício, quando, singelamente, afirma que a decisão sobre a liminar é "atacável por agravo, de instrumento ou retido" {Comentários ao Código de Processo Civil, 3. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1988, v. VIII, t. III, n. 377, p. 452} (grifamos). Posteriormente o ilustre autor reviu seu ponto de vista entendendo que "a eficácia prática desta última forma (agravo retido) seria reduzida" (Fabrício, Coment.CPC6, cit., n. 377, p. 414).

(54) VIENTA, Conclusão 46; JTACivSP 91/405; RT 572/223; Batista Monteiro, Ação de reintegração de posse, cit., n. 52, nota 286, p. 183, fundamentando sua opinião no CPC, 471.

(55) RT 566//161.

(56) RT 571/194.

(57) Contra a alegação de domínio em defesa na ação possessória, ver, por todos, Lafayette, op. cit., § 22, 3, p. 91. Esta regra, bem como a da proibição do ajuizamento da ação petítória na pendência da possessória, é da tradição do direito brasileiro, como o demonstram as Ordenações Filipinas, Livro III, Título 40, § 2.º; Livro IV, Título 53,

Princípio; Consolidação Ribas, art. 750.

(58) O STF nada mais fez do que aceitar o alvitre de Clóvis Beviláqua: "O Código prevê a hipótese em que duas pessoas pretendem a posse a título de proprietárias, e manda que, se, em relação a uma delas, falhar, evidentemente, esse pressuposto, a favor dela se não julgue a posse, pois lhe falta o fundamento" {Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, 10. ed., São Paulo-Belo Horizonte, Livraria Francisco Alves, 1955, v. III, anotação n. 4 ao art. 505, p. 27}.

(59) Batista Monteiro, Ação de reintegração de posse, cit., n. 21.2, p. 84 et seq. Há precedente jurisprudencial entendendo que o CPC 923, em sua antiga redação, revogara a 2.ª parte do CC 505 (TAMG, Revista Brasileira de Direito Processual 35/103). São partidários da tese dessa revogação, ainda que por fundamentação diversa: Miguel Reale, "Conceito e limites da exceção de domínio", RT 545/41; Soares Pereira, "A exceção de domínio no Código de Processo Civil", RDC 2/13; Renan Lotufo, "Da exceção de domínio no direito possessório brasileiro", in Posse e propriedade, cit., coord. por Cahali, p. 687-708. Contra, entendendo sobreviver a exceção de domínio, o CC, 505, 2.ª parte, bem como o STF, 487; Ernani Fidélis dos Santos, Comentários ao Código de Processo Civil, 2. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1986, v. VI, t. I, p. 109 et seq., 131; Fabrício, Coment.CPC6, cit., ns. 336/349, p. 371-386, que procura limitar o alcance da proibição estampada no CPC, 923, às ações possessórias disputadas com base no domínio.

(60) Viana, op. cit., n. 25, p. 59-60. Como ensina Carlos Maximiliano, se revogada a lei revogadora de outra, não se restaura essa última, senão por declaração expressa: "exige-se a prova do propósito restaurador, a declaração expressa, a Legge Repristinatoria dos italianos" (Hermenêutica e aplicação do direito, 9. ed., Rio de Janeiro, 1979, n. 455, p. 365).

(61) Corte Costituzionale, Sentença de 27.02.1974, n. 41, in Giur. It., 1974, I, p. 1.009. No mesmo sentido: Ettore Protetti, Le azioni possessorie, La responsabilità e il procedimento in matéria possessória, 5. ed., Milano, Giuffrè, p. 561-562.

(62) RTJ 91/594.

(63) José Manoel de Arruda Alvim Netto. Manual de direito processual civil. 7. ed. São Paulo : RT, 2000. v. I, n. 85, p. 293; José Carlos Barbosa Moreira. O novo processo civil brasileiro. 21. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2000. p. 42; Barbi, Coment.CPC10, cit., n. 544, p. 319; Cândido Rangel Dinamarco. Direito processual civil. São Paulo : Bushatsky, 1974. n. 84, p. 136-137; Edson Prata. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro : Forense, 1987. v. II, t. I, ns. 43-44, p. 342-343. Na jurisprudência observa-se a mesma tendência: RTJ 91/184, 89/1041; RSTJ 28/460; RT 563/169, 547/121, 527/232; RF 276/118; RJTJSP 95/350, 80/223, 73/205; RePro 10/307, 7-8/331; Alexandre de Paula. O processo civil à luz da jurisprudência. Rio de Janeiro : Forense, 1982. n. 2587, p. 25.