

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
FACULDADE DE DIREITO

LEGÍTIMA DEFESA DA POSSE E DESFORÇO IMEDIATO NO CÓDIGO CIVIL DE  
2002: A AUTODEFESA ANTE A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE.

Davi Berlim Nunes

CURITIBA  
2011

Davi Berlim Nunes

LEGÍTIMA DEFESA DA POSSE E DESFORÇO IMEDIATO NO CÓDIGO CIVIL DE  
2002: A AUTODEFESA ANTE A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE.

Monografia apresentada à Faculdade de  
Direito da Universidade Federal do Paraná  
como requisito parcial à obtenção do título  
de Bacharel em Direito das Relações Sociais.  
Orientador: Prof. Dr. Carlos Eduardo  
Pianovski Ruzyk.

CURITIBA  
2011

Davi Berlim Nunes

Legítima defesa da posse e desforço imediato no Código Civil de 2002: a autodefesa ante a função social da posse.

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito das Relações Sociais.

---

Prof. Dr. Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk (Orientador) - UFPR

---

Prof. Dra. Maria Cândida Pires Vieira do Amaral Kroetz - UFPR

---

Prof. Dr. Paulo Roberto Ribeiro Nalin - UFPR

Curitiba, \_\_\_\_ de novembro de 2011

## **RESUMO**

O presente trabalho traz uma breve análise da autotutela na defesa da posse, de acordo com o Código Civil de 2002, que elenca duas hipóteses para seu exercício: a legítima defesa e o desforço imediato. Por meio da conceituação do instituto da posse, mencionando as doutrinas clássicas de Ihering e Savigny, bem como as teorias mais recentes, à luz da Constituição de 1988, que vinculam a posse à função social, traça-se um esboço da configuração da autodefesa possessória no direito brasileiro contemporâneo

Palavras-chave: Autotutela. Legítima defesa. Desforço imediato. Função social.

## **ABSTRACT**

The present work brings a brief analysis of the self defense in possession, accordingly to the Brazilian Civil Code of 2002, that enumerates two hypotheses to its exercise: the self defense and the so-called “immediate retaliation”. Through the explanation of the institute of possession, mentioning the classic doctrines of Ihering and Savigny, as well the most recent theories, under the understanding of the Constitution of Brazil, that bind the possession to the social destination, an outline of the self defense of legal possession in Brazilian contemporary law is made.

Key-words: Self defense. Possession.

## SUMÁRIO

1. Introdução .....	6
2. A autotutela .....	7
3. A posse .....	9
3.1. As teorias de Savigny e Ihering .....	9
3.2. O Código Civil brasileiro e a posse .....	13
3.3. A propriedade no direito brasileiro .....	14
3.4. Elementos e classificação da posse .....	18
3.5. Efeitos da posse .....	24
3.6. Posse, propriedade e função social .....	28
4. A defesa da posse mediante a autotutela .....	32
4.1. A legítima defesa no direito brasileiro .....	32
4.2. Legítima defesa no direito penal .....	33
4.3. Legítima defesa da posse .....	37
4.4. Desforço imediato.....	41
4.5. Legitimidade para a autodefesa da posse .....	44
5. Conclusão .....	46
REFERÊNCIAS .....	47

## **1. Introdução**

O presente trabalho tem como objetivo realizar uma breve análise da autotutela enquanto meio de exercício legítimo de um direito na defesa da posse. Para tanto, faz-se necessário uma breve introdução a respeito da figura jurídica da autotutela, para depois adentrar ao estudo dos institutos da legítima defesa e do desforço imediato – as duas maneiras de exercício da autotutela previstas no Código Civil, que são objeto deste trabalho.

Pretende-se verificar as principais características da posse, partindo da concepção tradicional da contraposição entre as teorias subjetiva e objetiva de Savigny e Ihering, traçando e seu paralelo com ao direito de propriedade.

Também se pretende fazer uma verificação do fenômeno possessório e a respectiva tutela para o direito contemporâneo à luz da Constituição de 1988, que se pauta em um Estado Social, em que a figura da função social constitui o fio condutor dos mecanismos de tutela de direitos, principalmente na esfera patrimonial.

Após, realizar uma sucinta incursão no instituto da legítima defesa, conforme prevista pelo Código Penal, a fim de se poder estabelecer um paralelo entre a as características atinentes a essa modalidade e aquela tutelada pelo direito civil.

E por fim, estabelecidas as diretrizes referentes à posse e a sua tutela, verificar as características principais e limitações, conforme a conceituação jurídica clássica e contemporânea, da legítima defesa e do desforço imediato, de acordo com o Código Civil de 2002 e os princípios constitucionais.

## 2. A autotutela

A compreensão contemporânea do Direito pressupõe a existência de um ordenamento capaz de providenciar instrumentos eficazes para a solução dos conflitos sociais. A finalidade da regulação das relações entre os indivíduos está vinculada à tentativa de se chegar à paz social, ou ao menos a um mínimo de organização social. Para tanto, é necessária a prévia estipulação de normas de convivência – de limites à atuação dos indivíduos<sup>1</sup>, cabendo ao Estado a atribuição de um poder coercitivo<sup>2</sup>, que fará valer estas normas.

Quando se trata da resolução de litígios pelas próprias partes envolvidas, sem a participação dum terceiro elemento, seja este outro indivíduo ou o próprio Estado, a resolução dos conflitos pode ser efetivada mediante duas possibilidades: a autocomposição e a autotutela: “um dos sujeitos conflitantes (ou cada um deles) consente no sacrifício total ou parcial do próprio interesse (autocomposição) ou impõe o sacrifício do interesse alheio (autodefesa ou autotutela)”.<sup>3</sup>

Num grupamento social despido de um regramento jurídico, ainda que incipiente, há o livre arbítrio dos homens, que exercem a autotutela, em sua concepção mais primitiva – a “vingança privada” ou a chamada “justiça com as próprias mãos”:

Nas fases primitivas da civilização dos povos, inexistia um Estado suficientemente forte para superar os ímpetos individualistas dos homens e impor o direito acima da vontade dos particulares: por isso, não só inexistia um órgão estatal que, com soberania e autoridade, garantisse o cumprimento do direito, como ainda não havia sequer as leis (normas gerais e abstratas impostas pelo Estado aos particulares). Assim, quem pretendesse alguma coisa que oitrem o impedisse de obter haveria de, com sua própria força e na medida dela, tratar de conseguir, por si mesmo a satisfação de sua pretensão. A própria repressão aos atos criminosos se fazia em regime de *vingança privada* e, quando o Estado chamou a si o *ius punitiois*, ele o exerceu inicialmente mediante seus próprios critérios e decisões, em a interposição de órgãos ou pessoas imparciais e independentes e desinteressadas. A esse regime chama-se *autotutela* (ou autodefesa) e hoje, encarando-a do ponto-de-vista da cultura do século XX, é fácil ver como era precária e aleatória, pois não garantia a justiça, mas a vitória do mais forte, mais astuto ou mais ousado sobre o mais fraco ou mais tímido.<sup>4</sup>

A evolução dos meios de solução de conflitos envolveu uma passagem de um estágio de resolução pela força bruta, para um estágio de solução limitado por regras, uma “força

---

1 REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 1.

2 Ibid., p. 44.

3 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 26

4 Ibid., p. 27

jurídica”<sup>5</sup>, em que a função de dirimi-los passa para as atribuições da autoridade estabelecida e supera-se a questão da “vingança privada”.<sup>6</sup>

A resolução de litígios passa a ser monopólio estatal, exercida por meio da jurisdição: “pode a jurisdição ser definida como o poder estatal de aplicar o direito objetivo a um caso concreto, objetivando restaurar a paz social abalada pela eclosão do litígio, por meio da solução justa dos conflitos de interesses que surgem na sociedade.”<sup>7</sup>

Destarte, a autotutela passa a ser meio de exceção no direito, e dotada de critérios estabelecidos pelo próprio ordenamento jurídico – passa a fazer parte do Direito, não mais como “vingança privada”, mas como substituição da atuação estatal, impossibilitada esta de estar presente em todos os locais e momentos da vida dos sujeitos<sup>8</sup>. Portanto, limitada às normas impostas pelo Estado: “Limitada a autotutela a casos excepcionais, cabe ao Estado, detentor do monopólio da administração da justiça, garantir a eficácia e a permanência do direito posto.”<sup>9</sup>

No Direito brasileiro, permite-se a autotutela somente em casos singulares, em que haja, na reação perante a violação de um direito subjetivo, ou risco de grave comprometimento do direito violado, uma necessidade de urgência, um *periculum in mora*.<sup>10</sup> Dentre estas situações de exceção, serão analisados pormenorizadamente no presente trabalho a legítima defesa da posse e o desforço imediato<sup>11</sup>.

---

5 Ibid., p. 70.

6, CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 35

7 BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. 3ª. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 16.

8 CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, Op. Cit., p. 35.

9 BONFIM, Op. Cit, p. 16

10 “Chamando a si o poder de proteção aos direitos individuais, o Estado teve de abrir uma exceção, permitindo que o indivíduo o substituísse quando a debelação de injusto ataque aos direitos assegurados exigisse reação in continenti.” HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Volume, 1 tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 281.

11 Apesar da enérgica repulsa à autotutela como meio ordinário para a satisfação de pretensões em benefício do mais forte ou astuto, para certos casos excepcionalíssimos a própria lei abre exceções à proibição. Como exemplos o direito de retenção (CC, arts. 578, 644, 1.219, 1.433, inc. II, 1.434 etc.), o desforço imediato (CC, art. 1.210, § 1º), o direito de cortar raízes e ramos de árvores limítrofes que ultrapassem a extrema do prédio (CC, art. 1.283), a auto-executoriedade das decisões administrativas; sob certo aspecto, podem-se incluir entre essas exceções o poder estatal de efetuar prisões em flagrante (CPP, art. 301) e os atos que, embora tipificados como crime, sejam realizados em legítima defesa ou estado de necessidade (CP, arts. 24-25; CC, arts. 188, 929 e 930).”

CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 35.

### 3. A posse

#### 3.1. As teorias de Savigny e Ihering

Não há como estudar a posse no direito contemporâneo sem mencionar as teorias de Savigny e Ihering, cujas doutrinas contribuíram fundamentalmente para as discussões que balizaram a construção do conceito de posse no direito brasileiro:

Duas teorias de larga repercussão na doutrina e nas legislações, originadas do esforço de seus autores para uma interpretação exata dos textos romanos, procuraram fixar a noção de *posse* através de meticulosa análise dos elementos que consideraram essenciais à sua conceituação. De um lado, a *teoria subjetiva*, que se deve a Savigny. No outro, a *teoria objetiva*, de autoria de R. Von Ihering. Tão diferentes são as idéias expostas por esses eminentes romanistas, que somente após o conhecimento, ainda que em síntese apertada, das construções doutrinárias que ergueram imperecivelmente, é que se poderá esclarecer o essencial a respeito desse fenômeno complexo e controvertido.<sup>12</sup>

Em sua obra, *Tratado da Posse*, Savigny realizou uma profunda investigação sobre a posse e, apesar das críticas recebidas por Ihering<sup>13</sup>, sua importância jurídica é ainda reconhecida, pois, conforme ensina Caio Mario da Silva Pereira<sup>14</sup>: “[...] influenciou profundamente no pensamento jurídico do século passado, e atingiu as legislações, influenciando tão seriamente os Códigos que, até hoje, não obstante as críticas que o atingem, encontra defensores”.

A teoria de Savigny considera que a posse é constituída pela soma de dois elementos: o *corpus* e o *animus*.<sup>15</sup>

O *corpus* é o elemento externo, o “elemento material que se traduz no poder físico da pessoa sobre a coisa”<sup>16</sup>. Está ligado à idéia de dispor fisicamente do objeto: “Para Savigny, o *corpus*, ou elemento material da posse, caracteriza-se como a faculdade real e imediata de dispor fisicamente da coisa, e de defendê-la das agressões de quem quer que seja.”<sup>17</sup> É a

---

12 GOMES, Orlando. Direitos Reais. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 17.

13.Ibid., p. 18.

14 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. 18ª ed. De acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. IV, p. 18.

15 MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. 37ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 3, p. 17.

16 GOMES, Op. Cit., p. 18.

17 PEREIRA, 2003, p. 18.

“relação material do homem com a coisa, ou a exterioridade da propriedade”.<sup>18</sup> Dentro da própria teoria subjetiva, o conceito de *corpus* sofreu alterações, passando de mero contato físico, para o poder de exercer este contato:

Tanto o conceito do *corpus* como o do *animus* sofreram mutações na própria teoria subjetiva. Realmente, numa primeira fase, o *corpus* consistia no simples contacto físico com a coisa, no contacto direto e permanente do possuidor com a coisa possuída. Posteriormente, porém, ele passou a consistir na mera possibilidade de exercer esse contacto, tendo sempre a coisa à sua disposição.<sup>19</sup>

O *animus* é o elemento interno, ou “subjetivo, a intenção de proceder com a coisa como faz normalmente o proprietário”<sup>20</sup> é o “elemento intelectual, representa a vontade de ter essa coisa como sua”<sup>21</sup>. “Não é a convicção de ser dono – *opinio seu cogitatio domini* – mas a vontade de tê-la como sua – *animus domini*.”<sup>22</sup>

Para Savigny, a proteção jurídica da posse estaria fundada numa proteção à pessoa que a exerce, “porque toda pessoa deve ser protegida da violência, fazendo, com isso, que o centro da defesa possessória seja a pessoa.”<sup>23</sup> Na teoria subjetiva, portanto, é necessário que, para ter a posse, o sujeito tenha a possibilidade, ou poder, de exercer o contato físico com o objeto, e o faça com a intenção de dono, de proprietário. É a união destes dois elementos que, para Savigny, faz nascer a posse. Conseqüentemente, quem detém a coisa em nome de outrem, não é possuidor: “Se não existe a vontade de ter a coisa como própria, haverá simples *detenção*. É o que se chamava *naturalis possessio*, que, não sendo verdadeiramente posse pela ausência de *animus*, não produzia efeitos jurídicos.”<sup>24</sup> Conforme descrito também por Caio Mário da Silva Pereira<sup>25</sup>:

Para Savigny, portanto, não constituem relações possessórias aquelas em que a pessoa tem a coisa em seu poder, ainda que juridicamente fundada (como na locação, comodato, penhor etc.), por lhe faltar a intenção de tê-la como dono (*animus domini*), o que dificulta sobremodo a defesa da situação jurídica.

---

18 VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Direitos Reais. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 49.

19 MONTEIRO, 2003, p. 17

20 VENOSA, Op. Cit., p. 50.

21 GOMES, Op. Cit., p. 18.

22 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. 18ª ed. De acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. IV, p. 19.

23 FACHIN, Luiz Edson. A função social da posse e a propriedade contemporânea (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural). Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 25.

24 GOMES, p. 18.

25 PEREIRA, 2002, p. 19.

Entre as críticas que são feitas com relação à teoria subjetiva da posse, de Savigny, está a necessidade de se demonstrar um estado subjetivo, elemento interno, para a constituição da posse, o que se torna tarefa deveras implexa, quando se pretende verificar no caso concreto a configuração deste elemento intelectual:

Justo porque Savigny carrega no elemento intencional, somente reconhecendo posse onde há *animus domini*, sua teoria é qualificada de subjetiva. As maiores críticas que lhe são dirigidas visam precisamente ao seu exagerado subjetivismo, que faz depender a posse de um estado íntimo difícil de ser precisado concretamente.<sup>26</sup>

Em contraposição à teoria de Savigny, está a teoria objetiva da posse, construída por Ihering, que analisa os elementos *corpus* e *animus*, mas dispensa a comprovação deste último, pois estaria implícito no poder exercido pelo sujeito sobre o objeto da posse:

Sustenta Ihering que para constituir a posse basta o *corpus*, dispensando o *animus*, elemento de escasso valor, longe de ser essencial. Ihering não contesta a necessidade do elemento intencional, não sustenta que a vontade deva ser banida; apenas entende que esse elemento implícito se acha no poder de fato exercido sobre a coisa.<sup>27</sup>

Para Ihering, a diferença entre a posse e a mera detenção não está relacionada ao elemento volitivo daquele que pretende a posse – não é a vontade de ter a coisa como sua que o torna possuidor, e sim a destinação econômica dada ao objeto da posse: “O que importa é o uso econômico, a destinação das coisas, a forma econômica de sua relação exterior com a pessoa.”<sup>28</sup>

Essa “destinação econômica” poderia ocorrer de duas maneiras: de forma direta, pelo próprio possuidor, ou indireta, cedendo a posse a terceiro: “A primeira forma chama-se *utilização imediata ou real*. A segunda, *utilização mediata ou jurídica*.”<sup>29</sup>

Para Ihering, a posse está intimamente conectada à propriedade, entendendo que “a posse será a exteriorização da propriedade, a visibilidade do domínio, o poder de dispor da coisa.”<sup>30</sup> Não se tratam de conceitos idênticos, o que se torna mais claro quando se depara com uma situação na qual há a figura do possuidor não-proprietário, como na situação descrita por Orlando Gomes a respeito do contraste entre posse e propriedade: “Revela-se, mais nitidamente, quando a coisa é subtraída, violenta ou clandestinamente, do poder de seu

---

26 GOMES, 2000, p. 19.

27 MONTEIRO, 2003, p. 18.

28 GOMES, Op. Cit., p. 20.

29 Ibid., p. 20

30 MONTEIRO, Op. Cit., p. 18

proprietário. Isso feito, verifica qualquer pessoa que há um conflito entre o proprietário que não possui e o não-proprietário que possui.”<sup>31</sup>

Outro exemplo em que se torna nítido esse contraste entre posse e propriedade, é quando se vislumbra a hipótese de concessão da posse, pelo proprietário, a outrem: “No primeiro caso, aquele que subtrai a coisa tem sobre ela *posse injusta*. No segundo, *posse justa*, isto é, direito de possuir, tendo a posse, neste caso, o caráter de uma *relação jurídica*.”<sup>32</sup>

Sendo assim, a teoria objetiva de Ihering mostra-se, por um lado, mais útil que a subjetiva, pois vislumbra a proteção da posse àquele que não é proprietário, ao vincular a posse à visibilidade, à aparência<sup>33</sup>, e não à vontade, permitindo a configuração da posse indireta através do “desdobramento da posse”<sup>34</sup>. Não havendo necessidade de intuito de ser dono, concebe-se uma posição mais favorável àquele que exerce os poderes da propriedade sem ser proprietário, ao conceder concreta destinação econômica ao objeto da posse:

Como temos exposto, a posse, como visibilidade do domínio, traduz a conduta normal externa da pessoa em relação à coisa, numa aparência de comportamento como se fosse proprietário, com o fito de lograr seu aproveitamento econômico. Este, muitas vezes, tem lugar com a utilização da coisa por *outrem*. Ocorre assim, para que a coisa possuída cumpra a sua finalidade, um deslocamento a título convencional, e, então, uma outra pessoa, fundada no contrato, tem a sua posse sem afetar a condição jurídica do proprietário, ou do possuidor antecedente. Somente a teoria de Ihering o comporta, pois que basta à determinação da posse que se proceda em relação à coisa como o faz o proprietário (*posse = visibilidade do domínio*), e aquele que a recebe numa destinação econômica usa-a como o faria o proprietário.<sup>35</sup>

Verifica-se, com essa superação da concepção subjetiva de possuidor, que existiriam dois tipos de possuidor: o direto e o indireto. Isso é de extrema relevância para a questão da proteção possessória, pois o possuidor, em ambos os casos, poderá exercer a defesa da posse perante terceiros que a venham violar:

Ambas, mediata e imediata, são igualmente tuteladas, sendo ilícito ao terceiro oponente invocar em proveito próprio o desdobramento. Uma vez que coexistem, e não colidem, é lícito aos titulares defendê-la. Qualquer deles. Contra o terceiro que levante uma situação contrária, pode o possuidor direto invocar a proteção possessória, como igualmente o possuidor indireto, sem que haja mister convocar o auxílio ou assistência do outro.<sup>36</sup>

---

31 GOMES, 2000, p. 18.

32 GOMES, Op. Cit., p. 20.

33 “A teoria de Ihering abre exceção à defesa possessória que aproveita ao não proprietário porque se funda numa aparência: exteriormente não há diferença entre o possuidor não proprietário e o possuidor proprietário [...]” FACHIN, 1988, p. 26.

34 MONTEIRO, 2003, p. 26.

35 PEREIRA, 2003, p. 32.

36 Ibid.

A possibilidade do desdobramento possessório foi consagrada em nosso direito civil. O Código Civil de 2002 traz a previsão em seu art. 1.197: “A posse direta, de pessoa que tem a coisa em seu poder, temporariamente, em virtude de direito pessoal, ou real, não anula a indireta, de quem aquela foi havida, podendo o possuidor direto defender a sua posse contra o indireto”.

### 3.2. O Código Civil brasileiro e a posse

De acordo com Orlando Gomes, o direito civil brasileiro foi um dos primeiros a utilizar como fonte a teoria objetiva da posse de Ihering, e assim o teria feito no Código Civil de 1916: “O autor do Projeto confessa a sua filiação doutrinária ao pensamento de Ihering e proclama a precedência de nossa legislação doutrinária ao pensamento de Ihering.”<sup>37</sup> Nas palavras de Beviláqua: “O Código Civil brasileiro adoptou o pensamento de JHERING quanto ao conceito da posse como visibilidade da propriedade, ainda que a sua protecção possa favorecer a quem não é proprietário, nem exerce algum direito real.”<sup>38</sup>

Para Washington de Barros Monteiro, tanto o Código Civil de 1916, quanto o atual, teriam se filiado à teoria objetiva de Ihering<sup>39</sup>. Já para Caio Mario da Silva Pereira, não se pode considerar que o direito brasileiro, ou qualquer outro tenha “adotado” a teoria de Ihering, apesar de ter-se baseado nela para a elaboração de muitos dos conceitos que permeiam a nossa legislação:

E já se considera discussão bizantina e estéril defender a submissão de tal sistema a qual corrente, porque, em puro rigor, as legislações não têm aceito extremamente, senão tolerando implicações recíprocas, quer o subjetivismo de Savigny, quer o objetivismo de Ihering<sup>40</sup>.

O art. 1.916 do Novo Código Civil dispõe o seguinte: “Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”. Percebe-se assim, que a posse se verifica quando da possibilidade de exercer

---

37 GOMES, 2000, p. 23.

38 BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das Coisas. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. 30.

39 MONTEIRO, 2003, p. 19.

40 PEREIRA, 2003, p. 22.

algum dos poderes inerentes à propriedade, seria a “exteriorização da conduta de quem precede como normalmente age o dono.”

Se para alguns autores a posse é a visibilidade da propriedade, como defendia a teoria objetiva, consistindo a posse mesmo em uma proteção da propriedade<sup>41</sup>, nas palavras de Silvio Rodrigues, “protegendo a posse, está o legislador, no mais das vezes, protegendo o proprietário, porque este é quem, no geral, desfruta da posse”<sup>42</sup>. Para outros, como Fachin, considerar a posse como “mera exteriorização da propriedade” seria como “enjaular o fenômeno possessório”.<sup>43</sup> Sendo assim, faz-se necessário analisar algumas características inerentes à propriedade, para poder-se traçar um comparativo entre esta e a posse no direito brasileiro, com o fito de identificar se há mesmo essa relação de dependência entre uma e outra, como descreve Clóvis Beviláqua: “Entre a propriedade e a posse, há uma correlação extensiva. Os limites da possibilidade para a propriedade são os da posse: posse e propriedade são relações perfeitamente paralelas.”<sup>44</sup>

### 3.3. A propriedade no direito brasileiro

Seja considerada como intrínseco ao próprio ser humano<sup>45</sup>, ou originário exclusivamente da vontade legal<sup>46</sup>, o direito de propriedade no Brasil está consagrado em nossa legislação maior. O artigo 5º da Constituição, em seu inciso XXII diz: “é garantido o direito de propriedade”, o que é complementado no artigo 170 do mesmo diploma, ditando o caráter privado desse direito: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: II – propriedade privada.”

A propriedade no direito romano já era vista como privada, enquanto um direito individual: “Em traços largos, o conceito de propriedade que veio a prevalecer entre os

41 “Thering frisa a necessidade que tem o proprietário de exercer a posse, dizendo que a propriedade sem a posse seria um tesouro sem chave para abri-lo, uma árvore frutífera sem a escada para colher os frutos”. GOMES, 2000, p. 20.

42 RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: Direito das Coisas v. 5. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 54.

43 FACHIN, 1988, p. 13.

44 BEVILÁQUA, 2003, p. 24.

45 “Com efeito, a exata concepção é a de que a propriedade é inerente à própria natureza humana; ela representa condição de existência e de liberdade de todo o homem.” MONTEIRO, 2003, p. 79.

46 “O direito de propriedade se funda na lei que o consagra. O legislador, convencido da conveniência do direito de propriedade, o conserva”. RODRIGUES, 2003, p. 82.

romanos, após longo processo de individualização, é o que modernamente se qualifica como individualista. Cada coisa tem apenas um dono.”<sup>47</sup>

Na história da humanidade, apesar de nem sempre ter tido a propriedade privada este caráter individual – a propriedade seria, em alguns casos, compartilhada por grupos de indivíduos<sup>48</sup> – o conceito de propriedade, enquanto pertencente aos particulares, em contraposição ao conceito socialista de propriedade comum, foi o que prevaleceu, ao menos na tradição das sociedades ocidentais, na qual se inclui o Brasil: “No regime capitalista, o conceito unitário da propriedade é restaurado e os poderes que ela confere são exagerados, a princípio, exaltando-se a concepção individualista.”<sup>49</sup> Na concepção de Silvio Rodrigues, essa visão da propriedade privada seria inclusive sinônimo de evolução da sociedade:

Examinando a história da Humanidade, verifica-se que a propriedade privada só raramente deixou de existir, pois afora sociedade extremamente atrasadas, todos os agrupamentos humanos a reconhecem. Aliás, mesmo nessas comunidades primitivas a noção de domínio se apresenta; apenas, seu titular não é o indivíduo, mas o agrupamento familiar, ou o *clã*. Todavia, à medida que a sociedade evolui, a propriedade privada vai se caracterizando, sendo mesmo possível afirmar que esta é a condição do progresso daquela. Ademais, nos países que tentaram a experiência socialista, a abolição absoluta da propriedade privada foi impossível, e sua marcha, no sentido de restabelecê-la, ao menos parcialmente, é incontestada.<sup>50</sup>

Quanto ao objeto do direito de propriedade, há quem entenda que este abrange tanto os direitos corpóreos, como também os incorpóreos: “Do ponto de vista jurídico, cumpre desde logo salientar as duas acepções do direito de propriedade. Num sentido amplo, este recai tanto sobre as coisas corpóreas como incorpóreas.”<sup>51</sup>

Para Washington de Barros Monteiro, a propriedade seria o gênero, enquanto o domínio seria a espécie.<sup>52</sup> Em entendimento oposto, escreve Orlando Gomes, que aponta a divergência doutrinária: “Tradicionalmente, afirma-se que hão de ser os bens corpóreos, mas contra essa doutrina, que foi pacífica, levantou-se corrente doutrinária que estende aos bens incorpóreos.”<sup>53</sup> No entanto, não deixa de combatê-la: “embora esses direitos novos tenham semelhança com o de propriedade, porque também são exclusivos e absolutos, com ela não se

47 GOMES, 2004, p. 115.

48 “A propriedade medieval caracteriza-se pela quebra desse conceito unitário. Sobre o mesmo bem há concorrência de proprietários.” GOMES, 2004, p. 115.

49 GOMES, Op. Cit., p. 115.

50 RODRIGUES, 2003, p. 82.

51 MONTEIRO, 2003, p. 83.

52 Ibid.

53 GOMES, Op. Cit., p. 112.

confundem.”<sup>54</sup> Para ele, a “propriedade incorpórea” poderia se enquadrar em uma sub-espécie, a de “quase-propriedade”.<sup>55</sup>

A respeito das características mencionadas por Orlando Gomes, “exclusividade e absolutismo”, reconhece a majoritária doutrina que, além destas duas, há também a perpetuidade<sup>56</sup>. Seria absoluto, pois “confere ao titular o poder de decidir se deve usar a coisa, abandoná-la, aliená-la, destruí-la, e ainda, se lhe convém limitá-lo, constituindo, por desmembramento, outros direitos reais em favor de terceiros.”<sup>57</sup> Seria exclusivo, pois o “direito de um sobre determinada coisa exclui o direito de outro sobre essa mesma coisa.”<sup>58</sup> E seria perpétuo, ou irrevogável, pois “uma vez adquirida, a propriedade em regra não pode ser perdida senão pela vontade do proprietário.”<sup>59</sup>

Estes poderes inerentes à propriedade concretizam-se pelos elementos constitutivos da propriedade, que trazem a “idéia de submissão da coisa corpórea ao poder do proprietário”<sup>60</sup>, quais sejam: “usar, gozar e dispor dos bens, e que corresponde aos mesmos atributos da propriedade romana, *ius utendi, fruendi et abutendi*, cujo conjunto constituía a propriedade perfeita (*plena in re potestas*)”<sup>61</sup>. Estão consagrados no *caput* do artigo 1.228 do Código Civil de 2002: “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.”

O direito de usar “implica a possibilidade de usar a coisa de acordo com a vontade do proprietário e a de excluir estranhos de igual uso”<sup>62</sup>, o direito de “exigir da coisa todos os serviços que ela pode prestar, sem alterar-lhe a substância.”<sup>63</sup>

O direito de gozar “consiste em fazer frutificar a coisa e auferir-lhe os produtos”<sup>64</sup>, dá o direito de “explorá-la economicamente.”<sup>65</sup>

---

54 GOMES, 2004, p. 112.

55 Ibid.

56 “As restrições legais à propriedade afetam os seus três característicos tradicionais, ou seja, o seu absolutismo, sua exclusividade e sua perpetuidade”. RODRIGUES, 2003, p. 87.

57 GOMES, Op. Cit., p. 109

58 MONTEIRO, 2003, p. 85.

59 Ibid.

60 RODRIGUES, Op. Cit., p. 85.

61 MONTEIRO, Op. Cit., p. 87.

62 RODRIGUES, Op. Cit., p. 77.

63 MONTEIRO, Op. Cit., p. 87.

64 Ibid.

65 RODRIGUES, Op. Cit., p. 78.

O direito de dispor “consiste no poder de consumir a coisa, de aliená-la, de gravá-la de ônus e de submetê-la ao serviço de outrem”<sup>66</sup>. *Ius abutendi* não é direito de abusar da coisa:

Não significa prerrogativa de abusar da coisa, destruindo-a gratuitamente. Aliás, se nem no direito romano se admitia a idéia de um uso anti-social do domínio, hoje tal noção é inconcebível, principalmente em um país como o nosso, cujas várias Constituições de há muito proclamam que o uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social.<sup>67</sup>

Essa gama de prerrogativas que detém o proprietário, não obstante, não é intocável, pois não está imune a limitações, estão condicionadas a certos desígnios impostos pelo legislador:

O proprietário, no uso do seu direito, não pode ultrapassar determinados lindes, pois se deles exorbita, estará abusando e seu ato deixa de ser lícito, porque os direitos são concedidos ao homem para serem utilizados dentro de sua finalidade. Assim, se tal utilização é abusiva, o comportamento excessivo do proprietário não alcança proteção do ordenamento jurídico, que, ao contrário, impõe-lhe o ônus de reparar o prejuízo causado. Portanto, o exercício do direito encontra uma limitação em sua própria finalidade.<sup>68</sup>

Com a Constituição de 1988 e o advento do Novo Código Civil de 2002, esses desígnios ganharam fortes contornos, impondo ao proprietário determinadas limitações: “Mitiga-se no novo Código Civil o caráter irrestrito do direito real de propriedade com a adoção de um condicionamento finalístico cuja teleologia é dada pela ordem econômica e social, e pela tutela do meio ambiente e do patrimônio histórico e artístico.”<sup>69</sup>, conforme prevê o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.228, parágrafo 1º:

O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

Restrições estas também tuteladas constitucionalmente, tendo em vista o cumprimento da função social, ao qual o próprio direito de propriedade está condicionado, conforme o inciso XXIII, do artigo 5º da Constituição: “a propriedade atenderá a sua função social”.

---

66 MONTEIRO, 2003, p. 88.

67 RODRIGUES, 2003, p. 78.

68 Ibid.

69 GOMES, 2004, p. 110.

### 3.4. Elementos e classificação da posse

Tendo em vista os caracteres da posse e da propriedade analisados até aqui, pode-se concluir que possuidor é “quem tem o pleno exercício de fato dos poderes constitutivos de propriedade ou somente de alguns deles”<sup>70</sup>. Destarte, a posse se configura quando do uso, gozo ou disposição da coisa, conforme a conceituação da propriedade exposta no capítulo anterior. Sendo assim, importante se torna verificar como o direito pátrio regulariza o instituto da posse, no que tange às possibilidades, efeitos e limitações, principalmente quanto ao aspecto da proteção possessória.

No Brasil, admite-se que a posse pode ser exercida em relação a bens corpóreos e bens incorpóreos. Mesmo para autores como Orlando Gomes, para quem a propriedade não tem essa amplitude, porém, não seriam quaisquer bens incorpóreos, somente aqueles dotados de conteúdo patrimonial: “os únicos direitos suscetíveis de posse são: a) o domínio; b) os direitos reais que dele se desmembram e subsistem como entidades distintas e independentes; c) finalmente, os demais direitos que, fazendo parte do patrimônio da pessoa, podem ser reduzidos a valor pecuniário”.<sup>71</sup> A doutrina não é pacífica neste ponto<sup>72</sup>.

Antes mesmo do Código Civil de 1916, havia grande discussão quanto ao objeto da posse, se caberia, além das coisas corpóreas, também a posse de objetos incorpóreos como a posse de direitos, tendo em vista a ausência de meios eficientes para proteger os direitos pessoais.<sup>73</sup> Com o advento dos remédios constitucionais para a defesa destes direitos, mitigou-se o debate:

O interesse da questão resume-se, praticamente, à possibilidade de extensão dos interditos possessórios à defesa de direitos pessoais inerentes ao exercício de função pública e à tutela possessória dos interesses individuais lesados por atos da Administração Pública. Para esse fim é que se fala em posse dos direitos pessoais.

---

70 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 4º vol.: Direito das Coisas. 22ª ed., ver. e atual. de acordo com a reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 39.

71 GOMES, 2004, p. 46.

72 “Em que pesem a tais opiniões, autores existem, como Messineo, aos quais nos filiamos, que propugnam a posse dos direitos pessoais patrimoniais ou de crédito, como os do locatário, comodatário, depositário, etc., porque esses titulares encontram-se numa relação direta com a coisa, para que possam utilizá-la economicamente, de maneira que se praticam atos de gozo direto da coisa alheia precisam ter meios para protegê-la.” DINIZ, 2007, p. 47,

73 “No Direito Brasileiro, a discussão ganhou viva voz na candente palavra de Ruy Barbosa, em episódio no qual professores da Escola Politécnica do Rio de Janeiro foram suspensos do exercício de suas funções por ato da presidência da República, no ano de 1896. O fato marcou importante estudo histórico acerca da matéria. O ingresso do mandado de segurança em nosso ordenamento, que serve precipuamente para amparar tais situações, veio colocar paradeiro à controvérsia.” VENOSA, 2003, p. 58.

Restrita expressão a esse significado, o problema da proteção de tais direitos perde muito de seu interesse, pois que outros remédios processuais, de eficácia igual, têm sido adotados com a mesma finalidade.<sup>74</sup>

Outra conceituação, acerca da posse, que gera divergências entre os civilistas é a questão da natureza da posse, se esta é fato ou se é direito: “Não é pequena a controvérsia no que diz respeito à indagação sobre a natureza da posse. Será ela um direito; em caso afirmativo, direito real ou pessoal? As opiniões em cada um desses sentidos se multiplicam.”<sup>75</sup> Para Savigny, a posse seria simultaneamente um fato e um direito, pois, apesar da constatação de que “sua existência independe de todas as regras de direito”<sup>76</sup>, ela “produz conseqüências jurídicas”<sup>77</sup>. Para Ihering, seria um direito, ou “um interesse juridicamente protegido”<sup>78</sup>, pois “constitui condição da econômica utilização da propriedade e por isso o direito a protege.”<sup>79</sup> Para Clóvis Beviláqua, sua natureza é de um fato, protegido pelo ordenamento jurídico:

A posse é estado de facto. Se a lei a protege, é visando a propriedade de que elle é manifestação. Assume, assim, o facto a posição de direito, não propriamente, a categoria; situação anômala, imposta pela necessidade de manter a paz na vida econômico-jurídica, e que se reflecte na particularidade das acções possessórias.<sup>80</sup>

Ainda há quem sustente que a posse não só é direito, como pertenceria à categoria dos direitos reais, apesar de o Código Civil enumerar exaustivamente quais são eles, no artigo 1.225: “Entendemos como Dalbert, que a posse é um direito real, posto que é a visibilidade ou desmembramento da propriedade.”<sup>81</sup> Para Orlando Gomes, a posse, se considerada como direito real, seria pelo de a relação entre o sujeito e a coisa se dar de forma direta: “Não há um sujeito passivo indeterminado. O direito do possuidor se exerce *erga omnes*. Todos são obrigados a respeitá-lo. Só os direitos reais têm essa virtude.”<sup>82</sup>

Para Gustavo Tepedino, o que interessa é que a posse é exercício de fato, pois sua aquisição prescinde da existência de um título jurídico e, portanto, possui autonomia em relação ao direito de propriedade: “Independente, pois, de título, o simples exercício de uma

---

74 GOMES, 2004, p. 47.

75 RODRIGUES, 2003, p. 20.

76 Ibid.

77 Ibid.

78 Ibid.

79 Ibid.

80 BEVILÁQUA, 2003, p. 43.

81 DINIZ, 2002, p. 52.

82 GOMES, Op. Cit., p. 43.

das faculdades inerentes ao domínio já se constitui em posse, um direito autônomo, com ações próprias, independente em relação à propriedade.”<sup>83</sup>

O Código Civil disciplina a aquisição da posse no artigo 1.204: “Adquire-se a posse desde o momento em que se torna possível o exercício, em nome próprio, de qualquer dos poderes inerentes à propriedade.” Sendo assim, não é pelo exercício efetivo, mas pelo exercício em potencial da posse que se admite sua aquisição: “a posse não se adquire pelo exercício do poder, mas pela obtenção do poder de fato ou poder de ingerência socioeconômica sobre um determinado bem de vida”.<sup>84</sup>

Ela pode ser adquirida de dois modos: originário, quando “ocorre sem qualquer vinculação com o possuidor anterior”<sup>85</sup>, ou derivado, quando “decorre de transmissão da posse de um sujeito a outro”<sup>86</sup>. A posse originária é unilateral, e pode se dar pela apreensão da coisa, ou por exercício de algum direito que pressuponha o exercício de poderes do domínio.<sup>87</sup> Ela não carrega eventual vício anterior, diferente da posse derivada, cuja transferência faz carregar consigo as características já existentes: “Se o possuidor recebeu a posse de outrem, derivada portanto, as mesmas características lhe são transferidas, ou seja, com os vícios ou virtudes anteriores”.<sup>88</sup>

Quando a posse se fundar em um relação jurídica preexistente, dá-se o nome de *ius possidendi*. Quando, por outro lado, a posse advém da própria situação jurídica da posse – do fato de exercer um dos poderes inerentes à propriedade – chama-se *ius possessionis*, conforme ensina Caio Mário da Silva Pereira<sup>89</sup>:

*Ius possidendi* (literalmente, direito de possuir) é a faculdade que tem uma pessoa, por já ser titular de uma situação jurídica, de exercer a posse sobre determinada coisa. O proprietário, o usufrutuário, o locatário, etc. têm o *ius possidendi* sobre o objeto da respectiva relação jurídica. *Ius possessionis* é o direito originado da situação jurídica da posse, e independe da preexistência de uma relação. Aquele que encontra o objeto e o utiliza, não tem o *ius possidendi*, embora tenha *ius possessionis*, porque procede como possuidor, embora lhe falte o *ius possidendi*.

---

83 TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Tomo II, p. 152.

84 MONTEIRO, 2003, p. 34

85 VENOSA, p. 85.

86 Ibid.

87 PEREIRA, 2002, p. 25

88 VENOSA, Op. Cit. p. 86.

89 PEREIRA, 2002, p. 25.

Em determinados casos, o *jus possessionis* pode se converter em propriedade: “aliada a posse a outros requisitos que compõem o usucapião, a lei converte o *ius possessionis* em propriedade, que, a seu turno, gera *ius possidendi* sobre a mesma coisa”<sup>90</sup>.

Há atos, no entanto, que, apesar de se revestirem das características inerentes à aquisição da posse, a lei os considera como incapazes de gerar a aquisição, e dizem respeito aos atos de permissão e tolerância, e os atos que “viciam” a posse: O artigo 1.208 do Código Civil dispõe que “não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância, assim como não autorizam a sua aquisição os atos violento, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade”.

A posse pode ser justa ou injusta, conforme tenha sido adquirida eivada, ou não, de vícios, conforme se depreende do disposto no Código Civil, artigo 1.200: “É justa a posse que não for violenta, clandestina ou precária.” Essa classificação advém do conceito romano “*nec vi, nec clam, nec precario*”.<sup>91</sup> Conforme ensina Venosa, a “justiça ou injustiça da posse é conceito de exame objetivo”<sup>92</sup>. A questão de justo ou injusto, neste caso, pressupõe uma análise relativa, do ponto de vista de quem é vítima da injustiça, não prejudicando a proteção possessória do possuidor injusto, dependendo de quem esteja no outro pólo da relação:

A violência, clandestinidade ou precariedade não são da posse em si mesma porque somente a vítima pode alegá-la. Terceiros não têm legitimidade para argüir a injustiça da posse. A posse somente será viciada em relação ao justo possuidor; quem furta ou rouba só tem posse viciada com relação ao dono da coisa surrupiada. Assim, como consequência, essa posse injusta, sendo relativa, pode ser protegida pelos interditos contra terceiros que a ameacem e pretendam-na para si.<sup>93</sup>

A posse violenta é aquela adquirida pela força, “seja ela natural ou física, seja moral ou resultante de ameaças que incutam na vítima sério receio”.

Essa violência deve repercutir na pessoa que exerce a posse antes e não somente na coisa: “Não atenta contra a posse quem rompe obstáculos para ingressar num imóvel abandonado, não possuído e por ninguém reclamado, ou nas mesmas condições se apossa de coisa móvel de ninguém ou abandonada, porque nessas hipóteses não existe posse anterior.”<sup>94</sup> Quando a violência, no entanto, for empregada pelo já possuidor, em sua defesa, não será considerada injusta, conforme parâmetros que serão analisados nos capítulos referentes à

---

90 PEREIRA, 2002, p. 25.

91 Ibid. p. 28.

92 VENOSA, 2003, p. 70.

93 Ibid.

94 Ibid. p. 72.

autodefesa da posse: “A violência empregada pelo possuidor para defender a posse, quando turbada ou para rehave-la, *in continenti*, do esbulhador, não constitue vício.”<sup>95</sup>

A posse clandestina é aquela realizada de maneira secreta, “sub-repticiamente, às ocultas daquele que tem interesse em conhecê-la”<sup>96</sup>, desde que esse caráter sorrateiro esteja presente no momento da aquisição: “É no momento da aquisição da posse que se avalia a clandestinidade, Não é clandestina a posse obtida com publicidade e posteriormente ocultada.”<sup>97</sup>

A posse precária está relacionada à violação do dever de restituir a coisa, “é aquela que se origina do abuso de confiança por parte de quem recebe a coisa com obrigação de restituí-la e, depois, se recusa a fazê-lo”<sup>98</sup>. O vício da precariedade não pode ser presumido, deve ser expresso: “A precariedade resulta de ato volitivo de quem concede posse nesse nível. No entanto, a precariedade não se presume. Se não houver expressa menção ou não decorrer o fenômeno de circunstâncias usuais, a posse não assume o caráter de precariedade.”<sup>99</sup> A posse precária, diferente da clandestina e da violenta, pressupõe uma relação de posse entre o sujeito responsável pelo abuso de confiança e o objeto da posse: “Nesse aspecto, distingue-se da violência e da clandestinidade, vícios que partem da origem da relação da coisa com o possuidor viciado”.<sup>100</sup>

Em complemento à classificação entre posse justa e injusta, que leva em conta caracteres objetivos, há a classificação entre posse de boa-fé e má-fé, que analisa sua aquisição sob o ponto de vista subjetivo do agente: “Para distingui-lo em posse de ao ou má-fé, deve o analista situar-se no terreno subjetivo, a fim de examinar a posição psicológica do possuidor, em face da relação jurídica.”<sup>101</sup>

Conforme artigo 1.201 do Código Civil de 2002: “É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa.” Ou seja, quando o possuidor tem conhecimento do caráter violento, precário ou clandestino, a posse será considerada de má-fé: “Será de má-fé quando o possuidor exerce a posse a despeito de estar ciente de que é clandestina, precária, violenta, ou encontra qualquer outro obstáculo jurídico à sua

---

95 BEVILÁQUA, 2003, p. 50.

96 MONTEIRO, 2003, p. 28.

97 VENOSA, 2003, p. 73.

98 MONTEIRO, Op. Cit., p. 28.

99 VENOSA, Op. Cit, p. 73.

100 Ibid. p. 73.

101 RODRIGUES, 2003, p. 31.

legitimidade”.<sup>102</sup> O artigo 1.202 do mesmo diploma legal complementa essa noção: “A posse de boa-fé só perde este caráter no caso e desde o momento em que as circunstâncias façam presumir que o possuidor não ignora que possui indevidamente”. Para Venosa<sup>103</sup>, não basta mera ignorância do possuidor sobre o vício para ser considerado de boa-fé, devem ser levados em conta as circunstâncias do caso concreto em relação à presença ou não de condições que façam presumir que o sujeito tenha, ou deveria ter, conhecimento do vício. Seriam os casos, conforme descreve Silvio Rodrigues de “erro inescusável, ou ignorância grosseira”<sup>104</sup>. No caso de a posse ter sido obtida com base em justo título, conforme previsão do artigo 1.201 do Código Civil, haverá presunção relativa de boa-fé, fundada num estado de “aparência de boa posse”.<sup>105</sup>

Assim como o sujeito adquire a posse pelo exercício, potencial ou efetivo, de um dos poderes da propriedade, a perda da posse ocorre quando o seu exercício deixa de ser possível: “perde-se a posse sempre que o agente deixa de ter possibilidade de exercer, por vontade própria ou não, poderes inerentes ao direito de propriedade sobre a coisa.”<sup>106</sup>

Conforme, o art. 1.203 do Código Civil, que adota o princípio da “continuidade do caráter da posse”<sup>107</sup>, presume-se que a qualidade com que a posse foi adquirida permanece a mesma: se foi adquirida injustamente, por exemplo, assim permanecerá. Porém, essa presunção admite, exceto no caso de posse precária<sup>108</sup>, prova em contrário, podendo uma posse injusta se converter em posse justa, desde que se prove que o caráter violento ou clandestino com que se adquiriu, já não existe mais: “se o adquirente a título clandestino ou violento provar que sua clandestinidade ou violência cessaram há mais de ano e dia, sua posse passa a ser reconhecida (CC, art. 1.208)”<sup>109</sup>.

---

102 RODRIGUES, 2003, p. 31.

103 “No caso em exame, o julgador avaliará as circunstâncias referidas na lei, concluindo que na espécie reunia o agente, tomando-se como padrão o homem-médio, condições de conhecer a ilegitimidade de sua relação de fato com a coisa. O critério é a subjetividade. Não bastará, contudo, alegar apenas ausência de ciência de ilicitude, atitude passiva do sujeito. A consciência de possuir legitimamente deve vir cercada de todas as cautelas e investigações idôneas para caracterizar o fato da posse. Há a necessidade, portanto, de um caráter dinâmico nessa ciência de boa-fé. Não basta ao possuidor assentar-se sobre um terreno que se encontra desocupado, sem investigar se existe dono ou alguém de melhor posse.” VENOSA, 2003, p. 75.

104 RODRIGUES, Op. Cit., p. 31.

105 VENOSA, 2003, p. 78.

106 Ibid. p. 94.

107 DINIZ, 2007, p. 63.

108 Ibid. p. 63.

109 Ibid. p. 63.

### 3.5. Efeitos da posse

Como já analisado, a posse, seja considerada um direito, ou então um fato, tem sua existência apreendida pelo Direito, gerando efeitos dentro do ordenamento jurídico. Pode-se dizer que se trata de um interesse juridicamente protegido: “Embora seja vista a posse como um fato preexistente ao ordenamento jurídico, sua proteção transforma-a em fato jurídico, ou seja, fato natural com reflexos no mundo jurídico.”<sup>110</sup>. Na concepção *savignyana*, a posse geraria apenas dois efeitos: “o usucapião e a faculdade de invocar os interditos”<sup>111</sup>. No entendimento de Pereira, são vários os efeitos da posse, e podem ser divididos em 2 grupos: efeitos que decorrem diretamente da posse e efeitos que dependem da conjugação da posse com outros fatores<sup>112</sup>. Os efeitos que decorrem de forma direta da posse seriam os interditos possessórios, que compreendem a faculdade de exercer a defesa da posse mediante uma das ações possessórias, cujo escopo é a manutenção ou a restituição da posse, turbada ou esbulhada, respectivamente:

Os interditos, nome pelo qual o pretor romano designava a medida defensiva com que paralisava a penetração do terceiro na esfera jurídica do possuidor (*interdicere* = proibir), ou ações possessórias, designação por que modernamente se denominam os remédios que resguardam a posse de toda turbação, esbulho, ou simples ameaça – os interditos ou ações possessórias (repetimos) são efeitos da posse, porque produto constante e regular desta, independentemente de qualquer outro fato.<sup>113</sup>

Os principais efeitos indiretos da posse seriam, na concepção de Caio Mário da Silva Pereira<sup>114</sup>: a usucapião, pois a posse é um de seus principais requisitos; a presunção relativa de propriedade da coisa sobre a qual se tem posse, por esta ser a “visibilidade do domínio”; a percepção dos frutos, quando soma-se à posse a virtude da boa-fé do possuidor; o direito de retenção, que se forma com a existência de um crédito, por parte do possuidor, contra quem coisa deva ser restituída; o direito de indenização pelas benfeitorias úteis e necessárias realizadas pelo possuidor e direito de retirar as benfeitorias voluptuárias realizadas, quando essa retirada não gerar dano ao bem; e a autodefesa da posse, que tem o mesmo propósito dos interditos, porém sua utilização depende de características assaz específicas, que serão objeto de estudo nas próximas páginas.

---

110 VENOSA, 2003, p. 117.

111 MONTEIRO, 2003, p. 40.

112 PEREIRA, 2003, p. 59.

113 Ibid. p. 59.

114 Ibid. p. 60-63.

No Direito Civil brasileiro, as ações possessórias, apesar de serem matéria eminente processual, estão fortemente atreladas ao direito material, assim como o fundamento da proteção possessória está vinculado à sua defesa: “A solidez da relação possessória reside nas regras de direito material. As regras de processo dão vida e dinâmica à proteção da posse enunciada pelo direito material”.<sup>115</sup>

Não há unanimidade, entre os autores, sobre a classificação dos interditos possessórios, pois algumas das ações não são exclusivamente para a proteção da posse, e outras o fazem só indiretamente<sup>116</sup>. Levando-se em consideração a classificação mais ampla, poder-se ia enumerar as seguintes ações: ação de manutenção da posse, ação de reintegração de posse, interdito proibitório, ação de dano infecto, nunciação de obra nova, imissão de posse e embargos de terceiro senhor e possuidor.

A ação de manutenção de posse é cabível quando houver “embaraço no exercício de sua condição”<sup>117</sup>, sem que o possuidor chegue a perdê-la. Esse embaraço pode ser tanto de fato, quanto de direito<sup>118</sup>.

A ação de reintegração de posse é cabível quando o sujeito perde a posse, por ato arbitrário e injusto de outrem.<sup>119</sup>

O interdito proibitório é utilizado em caráter preventivo da posse, quando esta se encontra ameaçada, ficando condicionado à comprovação de fundado receio de eventual lesão: “Mas é preciso, ao revés, que o autor tenha fundado receio de que a violência virá, cumprindo-lhe, pois, provar os requisitos: posse, ameaça da moléstia, probabilidade de que venha a verificar-se”<sup>120</sup>

A ação de dano infecto é também preventiva, só que cabível em hipótese bem mais específica que o interdito proibitório. É preciso que haja receio de que prédio vizinho venha a causar prejuízo, tendo em vista condições precárias na construção ou na conservação do bem:

---

115 VENOSA, 2003, p. 104.

116 “Algumas destas ações não são consideradas, entretanto, possessórias, sob o fundamento de que visam à defesa da propriedade. Tais seriam a nunciação de obra nova, os embargos de terceiro, senhor e possuidor e a ação de dano infecto. Para muitos, a ação de imissão de posse também não seria remédio possessório, porque tem por fim investir alguém na qualidade de possuidor”. GOMES, 2004, p. 98.

117 PEREIRA, 2003, p. 66.

118 “[...] quando se realiza por via judicial ou administrativa, como no caso de ser intimado o locatário a não mais pagar aluguel ao locador[...].” PEREIRA, 2003, p. 67.

119 PEREIRA, Op. Cit, p. 69.

120 Ibid., p. 71.

“dá-se quando o possuidor tenha fundado receio de que a ruína de prédio vizinho ao seu, ou vício na sua construção, possa vir a causar-lhe prejuízo”<sup>121</sup>

A nunciação de obra nova visa a embargar a construção de obra em terreno vizinho, no caso de a obra causar prejuízo, e desde que não tenha sido concluída.

A imissão de posse, apesar de não ter mais previsão no CPC, é admitida pelos autores, por meio de ação ordinária, e seu objetivo é a aquisição da posse pela via judicial.<sup>122</sup>

E os embargos de terceiro, apesar de não ter somente esta função, resguarda em uma de suas hipóteses a defesa da posse<sup>123</sup>.

Conforme já mencionado, a defesa da posse, seja ela exercitada por meio dos interditos possessórios, ou então, seja por meio da autodefesa, terá, em suma, o mesmo evento gerador, qual seja a proteção da posse diante de uma agressão: “Fora da ação judicial, ou antes dela, o possuidor tem a faculdade de repelir o atentado à posse, mantendo-a ou nela se reintegrando pela própria força”.<sup>124</sup> Essa agressão será configurada pelo esbulho ou pela turbação. Para os autores que defendem uma classificação menos extensa dos interditos possessórios, somente a ação de manutenção de posse, a de reintegração de posse e o interdito proibitório é que poderiam ser considerados como de defesa da posse, justamente por se fundarem em uma reação – ainda que antecipada, no caso do interdito – ao ato de turbação ou de esbulho praticado: “os meios de protegê-la ficariam circunscritos à reação contra a turbação ou o esbulho através dos interditos clássicos: manutenção e reintegração, aos quais se ajuntaria, pela finalidade preventiva, o interdito proibitório.”<sup>125</sup> Característica peculiar a essas ações reside no fato de se permitir a fungibilidade entre elas, para não se prejudicar ainda mais aquele que tem lesado o exercício de sua posse: “Ontologicamente análogas, todavia, embora diversificadas em função do objeto, não prejudicam a invocação de uma por outra, não induz nulidade o ajuizamento de uma em vez de outra, desde que satisfeitos os requisitos de uma delas”.<sup>126</sup>

Antes de adentrar ao mérito da autodefesa, faz-se necessário traçar algumas considerações a respeito dos elementos caracterizadores dos referidos atos atentatórios contra

---

121 PEREIRA, 2003, p. 71.

122 “Embora nosso Código de Processo Civil não a tenha previsto, de modo específico, Washington de Barros Monteiro acredita que ela não desapareceu, sendo que o autor poderá propô-la desde que imprima ao feito o rito comum (ação ordinária de imissão de posse), que objetivará a obtenção da posse nos casos legais.” DINIZ, 2007, p. 94.

123 Ibid., p. 95

124 PEREIRA, Op. Cit., p. 62.

125 GOMES, 2004, p. 99.

126 PEREIRA, Op. Cit. p. 63.

a posse – a turbação e o esbulho – que geram, em contrapartida à sua lesividade, o direito de se exercer a defesa possessória.

A turbação consiste em um ato violento, atentatório contra a posse, porém, não gera a perda da posse, apenas restringe o seu exercício: “é todo ato que embaraça o livre exercício da posse, haja, ou não, dano, tenha o turbador, ou não, melhor direito sobre a coisa.”<sup>127</sup>

A turbação pode ser positiva ou negativa, dependendo se o ato lesivo for comissivo, ou de abstenção: “Os atos de turbação podem ser positivos, como o corte de árvores ou a implantação de marcos, ou negativos, como quando o turbador impede o possuidor de praticar certos atos.”<sup>128</sup>

A turbação pode ser de fato ou de direito. Turbação de fato é aquela que envolve uma ofensa de natureza física, material, que venha a atingir o objeto da posse: “A de fato consiste na agressão material dirigida contra a posse, como rompimento de cercas, abertura de picadas.”<sup>129</sup> A turbação de direito ocorre quando o ato atentatório à posse provém de via administrativa<sup>130</sup>, ou via judicial:

A turbação de direito consiste na atitude do réu, contestando judicialmente a posse do autor. Pensa CAMARA LEAL que, uma vez adotada a teoria objetiva de IHERING, segundo a qual posse vem a ser a manifestação exterior do direito de propriedade, ou de algum de seus poderes elementares, não pode haver turbação abstrata, pela simples negação teórica da posse, embora veiculada através de contestação judicial. Em verdade, pode ocorrer a turbação de direito e que, como a de fato, comporta recurso ao interdito.<sup>131</sup>

A turbação pode ainda ser classificada entre direta e indireta. A turbação direta é aquela realizada “imediatamente sobre a coisa, objeto da posse, como, por exemplo, se o réu abre picada no terreno do autor.”<sup>132</sup> A turbação denominada de indireta, a despeito de não incidir imediatamente sobre o objeto, atinge-o, ocasionando embaraços ao exercício da posse: “é a praticada externamente, mas que repercute sobre a coisa possuída, produzindo efeitos nocivos ao exercício da posse pelo respectivo titular, como, por exemplo, se, em virtude de atos ou palavras do turbador, o possuidor deixa de arranjar inquilino para o prédio”.<sup>133</sup>

---

127 GOMES, 2004, p. 100.

128 Ibid. p. 100.

129 DINIZ, 2007, p. 84.

130 “[...] ou por via administrativa, quando, p. ex., houver decisão das autoridades, fixando largura a uma estrada, em detrimento da utilização da coisa.” DINIZ, 2007, p. 84.

131 MONTEIRO, 2003, p. 44.

132 Ibid. p. 44.

133 Ibid. p. 44.

Quando o ato que causar, contra a vontade do possuidor, a privação total da possibilidade de exercício da posse – quando o ato atentatório ultrapassa o mero “embaraço” ao seu exercício, causando verdadeira perda da posse, estará configurado o esbulho. O esbulho se caracteriza tanto por atos de violência, clandestinidade, ou precariedade. Conforme já verificado, estas três espécies de atos tornam a posse viciada. Atos de invasão de um bem sobre o qual outra pessoa exerça a posse, ou atos de descumprimento do dever de reaver determinado bem, serão todos caracterizadores do esbulho<sup>134</sup>.

### **3.6. Posse, propriedade e função social**

Com o advento da Constituição de 1988, o direito civil passou a se pautar nos princípios insculpidos em seu texto, deixando nítida a vinculação de seus institutos às finalidades sociais, ou, como diz Gustavo Tepedino, aos “valores existenciais”:

E, à medida que a Constituição instrumentaliza as situações jurídicas patrimoniais (empresa, propriedade) aos valores existenciais (dignidade da pessoa humana, solidariedade social, igualdade substancial), a busca do significado funcional dos institutos de direito civil há de nortear a atividade do intérprete mais do que a discussão casuística de um ou outro problema suscitado pelo novo Código.<sup>135</sup>

Conforme já brevemente mencionado no capítulo referente à propriedade, a Constituição exige que a propriedade satisfaça sua função social. E a função social da propriedade, segundo descreve Fachin, está pautada em seu “uso”, e “por uso da propriedade é possível apreender o modo com que são exercitadas as faculdades ou os poderes inerentes ao direito da propriedade.”<sup>136</sup>

Em consonância com essa compreensão está o entendimento de Marcos Alcino de Azevedo Torres, para quem a função social está vinculada à realidade, portanto, à utilização dos bens, “pois que os bens, que são fenômenos da realidade, é que são submetidos a uma

---

134 “Como se vê, o esbulho é o ato pelo qual o possuidor se vê despojado da posse, injustamente, por violência, por clandestinidade e por abuso de confiança. De maneira que é esbulhador: estranho que invade a casa deixada por inquilino; o comodatário que deixa de entregar a coisa dada em comodato findo o prazo contratual [...]”. DINIZ, 2007, p. 87.

135 TEPEDINO, 2006, p. 150.

136 FACHIN, 1988, p. 17.

destinação social e não o direito, que é um fenômeno do pensamento.”<sup>137</sup> Para Torres, ainda, se a propriedade se exerce por meio da posse, direta ou indireta, e a função social presume uma situação real, de exercício, então a função da propriedade se consubstancia com a função social da posse: “na verdade, é a posse que tem função social, e, através dela assim exercida, infere-se se o proprietário está cumprindo com seu compromisso”.<sup>138</sup>

A exigência do cumprimento da função social evidencia, para Tepedino, que a propriedade possui tanto um aspecto estrutural, que envolve a possibilidade de realizar a destinação econômica e o poder de se valer da proteção jurídica; e também um aspecto funcional, que é a vinculação à função social.

Para se caracterizar como propriedade, então, haveria a necessidade da conjugação dos dois aspectos, o estrutural e o funcional: “Como elemento interno do domínio, a função social é responsável pelo controle de legitimidade funcional do direito de propriedade, impondo ao titular o dever de respeitar situações jurídicas e interesses não-proprietários socialmente tutelados, atingidos pelo exercício dominical.”<sup>139</sup>

Assim também é a compreensão de Torres, que afirma que tanto a propriedade quanto a posse, dependem, para sua efetiva constatação, da conjugação de um aspecto econômico aliado a um aspecto social: “A função social não transige, não compactua com a inércia do titular. Há que desenvolver uma conduta que atende ao mesmo tempo à destinação econômica e à destinação social do bem.”<sup>140</sup>

Assim, impõe-se ao proprietário um cuidado complexo, que implica não só no exercício efetivo dos poderes a ele atribuídos, mas também na limitação no seu uso, limitação essa que não compreende a inércia do proprietário – pelo contrário, exige-se que seja zeloso no cumprimento das finalidades às quais se destinam.

Para Fachin, essa limitação implica em um conceito “dinâmico” da propriedade: “A função social da propriedade corresponde a limitações fixadas no interesse público e tem por finalidade instituir um conceito dinâmico de propriedade em substituição ao conceito estático, representando uma projeção da reação anti-individualista.”<sup>141</sup>

Gustavo Tepedino ilustra a idéia de dinamicidade na função social, quando se refere ao aspecto da proteção ambiental, que impõe ao sujeito duas restrições, por um lado, a de não

---

137 TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *A Propriedade e a Posse: Um Confronto em torno da Função Social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 304.

138 Ibid. p. 304.

139 TEPEDINO, 2006, p. 158.

140 TORRES, 2010, p. 308.

141 FACHIN, 1988, p. 19.

cometer uma violação, e pelo outro, o de agir em prol de sua preservação: “A função social da propriedade confere, portanto, ao titular da propriedade, um duplo dever: o de deixar de praticar o ilícito, como colocar fogo numa floresta, e o de promover o meio ambiente, sob pena de perder a legitimidade constitucional.”<sup>142</sup>

Para Gustavo Tepedino, a compreensão da posse à luz da função social, e dentro dos valores consolidados com a Constituição, não deixaria margem para aquele entendimento fundamentado na teoria de Ihering, segundo o qual a posse seria mera proteção do direito de propriedade – a posse, na verdade, possui autonomia em relação à propriedade.<sup>143</sup> Conforme ensina Fachin, não só a posse é dotada de autonomia, como a idéia de enxergar a posse como subordinada à propriedade contraria a própria origem dos institutos, afinal, historicamente, antes da propriedade surgiu a posse: “Cronologicamente, a propriedade começou pela posse, geralmente posse geradora de propriedade, isto é, a posse para a usucapião”<sup>144</sup>

Torres corrobora com a idéia de autonomia da posse, para quem esta é dotada de importância própria em relação à propriedade, assim a proteção da posse não seria em função da propriedade, pelo contrário, a propriedade sem posse é que se veria desamparada:

Então, a posse, como conteúdo do direito, é indispensável à propriedade para que esta cumpra sua função social e receba a proteção do sistema. A posse em si mesma é importante para a sociedade, pois é através dela que o homem tem possibilidade de atender necessidades vitais, como a moradia e cultivo. Daí surgem as chamadas posse-moradia e posse-trabalho.<sup>145</sup>

Para Torres, a questão da moradia, do desenvolvimento de atividade comercial, e da produção de bens, seriam fundamentais para a caracterização do cumprimento da função social, seria através dessas “qualidades” que a posse demonstraria sua adequação às finalidades previstas, por isso mesmo, essa espécie de posse poderia ser considerada como “qualificada”.<sup>146</sup> Num outro pólo estaria aquela posse dotada de caráter anti-social, cuja destinação econômica não passa de mera especulação de capital.

---

142 TEPEDINO, Op. Cit. p. 159.

143 “Os valores sociais da moradia, do trabalho, da dignidade da pessoa humana, fazem com que a estrutura normativa de defesa do exercício da propriedade seja assegurada independente do domínio. A justificativa da posse encontra-se diretamente na função social que desempenha o possuidor, direcionando o exercício de direitos patrimoniais a valores existenciais atinentes ao trabalho, à moradia, ao desenvolvimento do núcleo familiar.” Ibid. p. 152.

144 FACHIN, 1988, p. 13.

145 TORRES, 2010, p. 305.

146 Ibid. p. 309.

Desta maneira, considerando-se a posse como conteúdo da propriedade, e vinculando seu uso à função social, qualificando essa situação perante a situação oposta (da propriedade com fins especulativos), então, a propriedade desprovida dessa “qualificação” restaria fragilizada do ponto de vista protetivo: “Então, a posse, como conteúdo do direito, é indispensável à propriedade para que esta cumpra sua função social, e receba a proteção do sistema.”<sup>147</sup> Sendo assim, a proteção possessória, que envolve tanto os interditos quanto a autotutela, estaria também vinculada à sua utilização conforme a função social: “O atendimento da função social apresenta-se, assim, como pressuposto de merecimento de tutela da posse que, por isso mesmo, não pode ser objeto de proteção jurídica apartada dos valores sociais e existenciais de que serve de instrumento.”<sup>148</sup>

---

147 Ibid. p. 305.

148 TEPEDINO, 2006, p. 157.

## 4. A defesa da posse mediante a autotutela

### 4.1. A legítima defesa no direito brasileiro

O instituto da legítima defesa encontra amparo, no direito brasileiro, desde o período colonial, enquanto meio de se exercer a autotutela. Já naquela época, a legítima defesa, considerada como recurso de *ultima ratio*, era regulado vinculado à previsão da punição para aquele que se excedesse na reação. Até mesmo a legítima defesa da posse era protegida nessa época, espelhando-se nos regulamentos do direito romano:

As ordenações do Reino guardaram, neste particular, como em quase tudo, em matéria de posse, os grandes princípios estabelecidos na legislação romana. Aí está o prescrito na Ord. Do Liv. 4, tit. 58, § 2: “*Se um for forçado da posse de alguma coisa, e a quiser “logo” por força recobrar, podê-lo-á fazer. E quanto tempo se entenderá este “logo” ficará em arbítrio do julgador, que sempre considerará a qualidade da coisa, e o lugar onde está, e das pessoas do forçador e forçado*”.<sup>149</sup>

No Brasil Império, o Código Criminal de 1830 trazia uma redação semelhante. Da mesma maneira, já na época de República, com o Código Penal de 1890<sup>150</sup>, até o Código Penal de 1940 que, com a reforma ocorrida em 1984, passou a regular a legítima defesa da seguinte maneira: “Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.”

No direito civil, a legítima defesa foi consagrada no Código Civil de 1916, em duas passagens: no texto disposto no artigo 160, de que os atos praticados em legítima defesa não serão considerados ilícitos<sup>151</sup>; e no artigo 502<sup>152</sup>, no qual se expressa que o possuidor esbulhado ou turbado poderá reagir com sua própria força, ressalvado o que diz no parágrafo único, proibindo o excesso (“os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável a manutenção, ou restituição da posse”).

---

149 PONTES, Tito Lívio. Da posse no direito civil brasileiro. São Paulo: Juscredi, p. 110.

150 GUERRERO, 1997, p. 71-78.

151 “Art. 160. Não constituem atos ilícitos: I. Os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido.”

152 “Art. 502. O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se, ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo. Parágrafo único. Os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável a manutenção, ou restituição da posse.”

A redação do Código Civil de 2002, no artigo 188, manteve o previsto no artigo 160 do antigo código, ao considerar a legítima defesa um ato lícito. Também manteve a redação no que diz respeito à legítima defesa da posse e do desforço imediato, convertendo o artigo 502 no parágrafo único do artigo 1.210.

Para Silvio de Salvo Venosa, a legítima defesa no direito civil possui os mesmos princípios do direito penal<sup>153</sup>. Para Renan Falcão de Azevedo, a legítima defesa seria uma só, por uma questão de harmonia do sistema jurídico brasileiro, entendendo o autor que o referido instituto teria não só os mesmos princípios, como seria semelhante em ambos os ramos jurídicos:

O sistema legal que organiza e disciplina a convivência social deve ser coerente e isócrono, isto é, deve abrigar institutos que não sejam incompatíveis ou contraditórios. Assim, quando o Código Civil fala em legítima defesa, não pode estar se referindo a algo que se incompatibilize com a legítima defesa consagrada no art. 25 do atual Código Penal.<sup>154</sup>

Destarte, faz-se mister empreender uma análise da legítima defesa na sua concepção, tanto no direito penal, como no direito civil, com o fim de verificar a existência de pontos de interseção e de distinção entre ambos os regimes.

#### **4.2. Legítima defesa no direito penal**

O direito penal define a legítima defesa como uma causa de exclusão da ilicitude da conduta do indivíduo. É prevista para os casos em que, apesar de a conduta ser típica, ou seja, possuir as características básicas para ser enquadrada em algum comportamento penalmente punível<sup>155</sup>, ao se verificar a presença dos requisitos da legítima defesa, retira-se o viés antijurídico do ato.

Em conformidade com o artigo 25 do Código Penal, podem ser extraídos os seguintes elementos para se caracterizar a legítima defesa: a existência de uma agressão; que essa agressão seja injusta; que ela seja atual ou iminente; utilização somente dos meios necessários

---

153 VENOSA 2003, p. 120.

154 AZEVEDO, Renan Falcão de. Posse: efeitos e proteção. Caxias do Sul: EDUCS, 2000, p. 114.

155 “O tipo é, portanto, como um molde criado pela lei, em que está descrito o crime com todos os seus elementos, de modo que as pessoas sabem que só cometerão algum delito se vierem a realizar uma conduta idêntica à constante do modelo legal.” CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2004. Vol. 1, p. 175.

para repelir a agressão; o uso moderado destes meios; com o intuito de defender direito próprio ou alheio.

Em primeiro lugar, cabe verificar o entendimento do que se considera como “agressão”. Para Fernando Capez, é qualquer conduta humana que fere um bem jurídico.<sup>156</sup> No entendimento de Fabio Bittencourt da Rosa, a agressão pode ser tanto física quanto moral, e independe de o agressor ter consciência ou vontade de agir desta maneira – basta que haja a lesão, ou perigo de lesão para que se configure o ato de agressão, pois o Direito visa à proteção daquele que é agredido: “Não se pode exigir de quem está sofrendo uma agressão por erro de terceiro que permita a lesão ao bem jurídico.”<sup>157</sup>

A agressão deve ser injusta. O termo “injusta” não é visto como um juízo de valor – não depende do conceito amplo e maleável do que seja considerado como moralmente correto, bom ou mal. O conceito de injustiça empregado para se interpretar a agressão passível de reação legítima é compreendido como algo que vá de encontro ao ordenamento jurídico, englobando um conduta que fira um interesse juridicamente protegido. E esses bens não estão adstritos à esfera penal, ou seja, a legítima defesa seria permitida para se defender de agressões que atingissem tanto bens protegidos pelo direito penal, quanto pelo direito civil. O que interessa é que a agressão atente contra um bem jurídico:

Não é necessário que constitua um injusto penal: basta que seja contrária ao direito *in genere*. Não entra em linha de conta a ação que, embora prejudicial ao agredido, e moralmente reprovável, não revista o cunho de injuridicidade. A injustiça (ou injuridicidade) deve ser avaliada objetivamente, nada importando a opinião do agredido ou a do agressor. É injusta a agressão, desde que seja ameaçado, sem causa legal, um bem ou interesse juridicamente tutelado.<sup>158</sup>

Conforme já mencionado, a legítima defesa é uma faculdade concedida ao indivíduo, sendo assim, ele não seria obrigado a reagir. Por outro lado, não seria compelido a ficar inerte perante a agressão, ou seja, mesmo que houvesse uma possibilidade de fuga, não se exigiria que o sujeito se utilizasse desta: “A lei não obriga ninguém a ser covarde, de modo que o sujeito pode optar entre o comodismo da fuga ou permanecer e defender-se de acordo com as exigências legais.”<sup>159</sup> Para Nelson Hungria, apesar de não ser um dever jurídico, poder-se-ia

---

156 CAPEZ, 2004, p. 263.

157 ROSA, Fábio Bittencourt da. Direito Penal: parte geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2003, p. 220.

158 HUNGRIA, 1978, p. 296.

159 CAPEZ, Op. Cit. p. 264.

encarar essa situação como um “dever moral”, justamente por ter como escopo o afastamento de um ato injusto<sup>160</sup>.

A agressão deve ser atual ou iminente. Atual é aquela situação que já teve início, mas ainda não chegou ao fim, é a que ainda está acontecendo. No dizer de Mirabete, é “a agressão que está desencadeando-se, iniciando-se ou que ainda está desenrolando-se porque não se concluiu”<sup>161</sup> Iminente é a agressão que ainda não teve início, porém, é certo que vai acontecer: “Nesse caso, a lesão ainda não começou a ser produzida, mas deve iniciar a qualquer momento. Admite-se a repulsa desde logo, pois ninguém está obrigado a esperar até que seja atingido por um golpe”<sup>162</sup>. Para Nelson Hungria, a agressão se consolida desde o ato tendente a lesar o bem jurídico, ou seja, mesmo antes de se consumir uma lesão, o ato que aspira a esse resultado, já é considerado agressivo: “Pode ser considerada na sua fase militantemente ofensiva (agressão atual) ou na sua fase de imediata predisposição (agressão iminente).”<sup>163</sup>

A agressão iminente difere da agressão futura. Esta se caracteriza pela mera ameaça, sem a presença de um “perigo concreto e imediato”.<sup>164</sup> A agressão atual se distancia da agressão passada, pois nessa o ato já haveria cessado, teria se consumado. Agir contra ele, seria considerado como um ato de vingança, uma nova agressão injusta, e não um ato de defesa<sup>165</sup>.

Ainda, para considerar-se legítima a defesa, deve esta ser realizada com a utilização apenas dos meios necessários para dar fim à agressão injusta. No entendimento de Capez, os meios necessários são aqueles menos gravosos, dentre os meios disponíveis para o injustamente agredido no momento da defesa, e que sejam suficientes para cessar a agressão: “São os meios menos lesivos colocados à disposição do agente no momento em que sofre a agressão.”<sup>166</sup> A justificativa dessa exigência reside no fato de que a defesa, ainda que legítima, constitui, em essência, também uma lesão ao bem jurídico alheio. Conforme já analisado, a diferença está em que o ordenamento jurídico considera como lícito o comportamento lesivo, quando se ache amparado pela finalidade de agir conforme o próprio Direito. Portanto, apesar de amparada pelo Estado, a referida repulsa constitui em essência,

---

160 HUNGRIA, 1978, p. 293.

161 MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 17. Ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 183.

162 CAPEZ, 2004, p. 266-267.

163 HUNGRIA, Op. Cit., p. 290.

164 Ibid. p. 291.

165 CAPEZ, 2004, p. 267.

166 Ibid. p. 267.

uma lesão, e, portanto, esta deverá ser a menor possível, para que se resguarde o caráter lícito, e não se torne uma agressão ainda maior que aquela a que se visa reprimir. Fábio Bittencourt da Rosa resume essa idéia na seguinte frase: “Se um bem deve ser sacrificado para a manutenção de outro, isso tem de fazer-se pelo modo menos oneroso possível, inclusive com o uso do meio que cause menor gravame ou prejuízo.”<sup>167</sup>

Além do meio empregado ter de ser o menos gravoso, dentre os disponíveis, a utilização deste meio deve se dar de forma moderada. O que significa utilizá-los até o limite da cessação a agressão injusta. Estaria ligado à idéia de proporcionalidade entre a agressão e a reação: “[...] o que mais interessa examinar para descobrir-se se uma reação foi necessária e moderada é a sua proporcionalidade. E o critério para o exame será o da moderação”<sup>168</sup>. Ao agir além do necessário para cessar a lesão, o agente já não mais poderia se valer da proteção da legítima defesa, pois estaria cometendo um “excesso”. No entanto, em determinadas situações pode haver um conflito entre a idéia de “meios necessários” e “reação moderada”, pois, se o único meio à disposição do sujeito, suficiente para repelir a agressão, tiver uma conseqüência mínima que não seja somente a cessação do ataque injusto, ao utilizar-se do meio necessário o indivíduo pode vir a ter uma reação completamente desproporcional ao ataque.

Para Mirabete, meio necessário seria aquele à disposição quando da agressão injusta, independente de esse meio ser desproporcional: “É evidente, porém, que “meio necessário” é aquele de que o agente dispõe no momento em que rechaça a agressão, podendo ser até mesmo desproporcional com o utilizado no ataque, desde que seja o único à sua disposição no momento.”<sup>169</sup> Essa conclusão poderia levar a soluções contrárias ao interesse social, principalmente quando se trata de conflitos entre bens jurídicos completamente distintos, como patrimônio e integridade física<sup>170</sup>. A técnica jurídica utilizada para buscar um meio-termo entre a necessidade de agir, os meios disponíveis, e a resposta praticada, é a trazida por Capez, para quem a moderação no uso dos “meios necessários” depende da finalidade com

---

167 ROSA, 2003, p. 224.

168 Ibid. p. 224.

169 MIRABETE, 2001, p. 185.

170 “Como já citado, na Alemanha é que essa doutrina mais alcançou abrigo, propiciando soluções em que, muitas vezes, o dano salvaguardado era infinitamente inferior ao lesado, acarretando um confronto com o senso comum. Em decorrência disso, passou-se a exigir que se estabelecesse uma fronteira, uma limitação a esse posicionamento legal [...] Para nós, o que deve predominar não é o critério relativo tão-somente à agressividade do ataque, mas, também e principalmente, à natureza e à importância do bem que se protege. Nessa situação, o que se faz presente na verdade é a escolha entre a lesão a dois bens [...]” GUERRERO, 1997, p. 109; 113.

que são utilizados<sup>171</sup>. Assim, é diferente se o sujeito atira para assustar, se atira para ferir, ou se atira para matar. Ou seja, se, dentre os meios disponíveis, utilizou-se o menos gravoso, e com a finalidade também menos lesiva, dentre aquelas aptas a repelir a agressão injusta, estar-se ia diante de um caso de defesa moderada, portanto lícita.

Ainda, quanto ao ato perpetrado por aquele que se encontra em legítima defesa, pode ser efetuado em defesa própria, quando o bem jurídico ameaçado ou agredido é seu, ou quando o bem jurídico pertença a outrem, a chamada “legítima defesa de terceiro”.<sup>172</sup>

### **4.3. Legítima defesa da posse**

O Código Civil de 2002 traz no artigo 118 a previsão de que os atos de legítima defesa ou no exercício regular de um direito não são considerados ilícitos. No parágrafo único do artigo 1.210, que regula a proteção possessória, o Código consagra a chamada autodefesa da posse, que pode ser exercida, lícitamente, mediante a “legítima defesa da posse” e “desforço imediato”, espécie de defesa legítima prevista exclusivamente na lei civil.

Conforme se depreende do Novo Código Civil, a literalidade do parágrafo único do artigo 1.210 descreve a legítima defesa da posse como uma faculdade inerente ao possuidor. Corrobora com esta interpretação Washington de Barros Monteiro, esclarecendo que a aptidão para atuar sob essa prerrogativa pode ser invocada tanto pelo possuidor direto, quanto pelo possuidor indireto, mas, por outro lado, ao mero detentor do bem não seria permitido atuar em legítima defesa: “só o possuidor, direto ou indireto, tem direito de lançar mão dessa defesa excepcional, excluído, pois, o mero detentor, como o preposto.”<sup>173</sup>

Clóvis Beviláqua, no entanto, diverge desta opinião. Para ele, a legítima defesa da posse pode sim ser exercida por terceiro, em nome do possuidor: “Esta faculdade poderá ser exercida pelo possuidor, ou, em seu nome, pelos que tiverem a coisa, como os seus subordinados.”<sup>174</sup> Entendimento semelhante pode ser encontrado em passagem do livro de Caio Mário da Silva Pereira: “não se exige a qualidade de possuidor para exercê-la,

---

171 CAPEZ, 2004, p. 268.

172 CAPEZ, 2004, p. 267.

173 MONTEIRO, 2003, p. 54.

174 BEVILÁQUA, 2003, p. 79.

admitindo-se que o guardião da coisa, o servo na posse, o representante do titular poderão exercê-la em nome e a benefício do possuidor ou representado”<sup>175</sup>.

Renan Falcão de Azevedo também defende que não apenas o possuidor pode exercer a posse. Mas vai além, ao dizer que qualquer um, ainda que não seja detentor e não esteja agindo em nome do possuidor, pode exercer defesa legítima da posse. Isso porque entende que o princípio da legítima defesa no direito brasileiro é um só e, se no Código Penal admite-se que qualquer um reaja contra uma agressão injusta a qualquer bem jurídico tutelado pelo Estado, ainda que o bem jurídico não seja seu, então não poderia ser diferente no direito civil, pois, ao invés de conceder, o Código Civil estaria retirando uma faculdade do sujeito, ao excluir a posse do âmbito da legítima defesa: “Não fossem aceitas estas considerações, chegaríamos a uma situação esdrúxula: legalmente, é possível a legítima defesa de direito de terceiro, menos em matéria de posse. O que significa excluir do elenco que compõe os direitos.”<sup>176</sup>

Porém, como diz Venosa, o detentor não possui proteção jurídica em relação ao bem<sup>177</sup>, nem pode exercer quaisquer dos interditos possessórios. Assim, o detentor que age em legítima defesa da posse alheia, na verdade, estaria agindo conforme o instituto previsto no Código Penal, que admite a legítima defesa de qualquer interesse juridicamente protegido, não somente daqueles protegidos pela lei penal. Agiria então, não em razão de uma tutela sobre o bem, mas sim de uma tutela pessoal, conforme ensina Torres: “o direito moderno só confere proteção à posse, em que pese não se desconheça um ponto de semelhança na proteção à pessoa do detentor, mas como pessoa e não em razão da detenção em si.”<sup>178</sup>

Venosa menciona também o caso do compossuidor, pelo qual seria possível exercer a autodefesa da posse contra outro consorte do mesmo bem, se este desse azo à resposta legítima: “Também o compossuidor pode valer-se da autotutela, se turbado ou esbulhado por outro consorte que ameace sua esfera possessória.”<sup>179</sup>

Para que o sujeito exerça a defesa possessória com legitimidade, é necessária a presença de alguns requisitos atinentes ao ato contra o qual se pretende exercer a repulsa. A primeira característica é a de que o esse ato constitua um caso de turbação da posse. Conforme já analisado, a turbação é qualquer ato que cause restrição ao exercício da posse,

---

175 PEREIRA, 2003, p. 63.

176 AZEVEDO, 2000, p. 121.

177 “Há que se examinar em cada caso se o ordenamento protege a relação com a coisa. Quando não houver proteção, o que existe é mera detenção.” VENOSA, 2003, p. 51,

178 TORRES, 2010, p. 318-319.

179 VENOSA, Op. Cit. p. 121.

sem, no entanto, despojar por completo o sujeito de sua posse. É um ato considerado violento, e por sua natureza é contrário ao exercício legítimo da posse – o ato turbativo por si só pressupõe uma ação injusta. Apesar disso, Washington de Barros Monteiro frisa o fato de que a turbação tem de ser “injusta”, com o fito de distingui-la da mera possibilidade de agressão, ou seja, explicitando que a turbação deve ser real e não apenas uma ameaça de “embaraço” ao exercício da posse: “Em segundo lugar, torna-se mister a ocorrência do ato turbativo, real e atual, não se justificando defesa baseada em simples possibilidade de agressão, problemática e futura. É necessário ainda, a respeito do mencionado requisito, seja injusta a turbação”<sup>180</sup>.

A respeito ainda da turbação, esclarece Maria Helena Diniz que a resposta ao ato turbativo só pode ser exercida “contra o próprio autor da turbação e não contra terceiros”<sup>181</sup>.

Outro requisito para o exercício da legítima defesa da posse é a delimitação quanto ao tempo de demora para se imprimir uma reação por parte do possuidor. O Código Civil traz expressa a previsão de que a defesa deve ocorrer “logo”.

Para Silvio Rodrigues, o termo “logo” significa que deverá ser sem a existência de um intervalo entre a agressão e a respectiva resposta, pois, caso houvesse essa distância temporal entre um ato e o outro, desfigurar-se-ia o instituto da legítima defesa, tanto por presumir-se a possibilidade de se socorrer à tutela estatal, prescindindo, portanto, do exercício da autotutela (já por diversas vezes afirmada como solução de *ultima ratio*), bem como por se verificar uma situação de cunho vingativo – não seria mais uma reação justa e sim uma nova ação, agora dotada de violência, tanto quanto a violência a que se visava repelir:

[...] Que ela se faça logo, isto é, a reação deve seguir *incontinenti* à agressão, pois a existência de um intervalo conduz à presunção de que a vítima poderia recorrer ao poder competente, para solicitar socorro ou remédio; ademais, a reação tardia mais se assemelha a uma vingança, mais parece uma nova agressão do que um ato de defesa.<sup>182</sup>

Em linhas semelhantes, Venosa enxerga na expressão “logo” o significado de imediatamente, além de frisar o fato de que a reação não exige que haja impossibilidade de recorrer à tutela estatal, até porque, caso a autodefesa não seja empreendida com sucesso, o sujeito ainda pode se valer das medidas judiciais:

Nossa lei não exigiu que essa atitude do possuidor dependa da impossibilidade de recorrer às vias judiciárias. Exige, sim, imediatidade na repulsa, o que será

---

180 MONTEIRO, 2003, p. 55.

181 DINIZ, 2007, p. 86.

182 RODRIGUES, 2003, P. 53.

verificado no caso concreto. Ainda que malsucedido na autodefesa, porque repellido pelo turbador ou esbulhador, sempre poderá recorrer aos interditos [...]<sup>183</sup>

Caio Mário da Silva Pereira também traz a imagem de uma reação imediata, sem que se transcorra intervalo de tempo entre a agressão e sua resposta, adicionando a idéia (em contraposição ao “logo”) do momento da consolidação do ato injusto: “[...] o seu imediatismo, isto é, a repulsa à violência sem retardamento, sem permitir que flua tempo após o seu início, e antes que o invasor ou turbador consolide a posição.”<sup>184</sup>

Tendo em vista que, em mais das vezes, o ato turbativo não há de ser instantâneo e único, e sim compreendido em um complexo de atitudes, então, enquanto durar a turbação, presume-se estar agindo “logo”. Porém, quando findar a ação turbativa, se o possuidor turbado não empreender em “ato contínuo” a sua reação, não poderá mais agir em “legítima defesa”. Todavia, não terá perdido a faculdade de agir mediante a autotutela, pois, como será visto adiante, resta a ele ainda o emprego do desforço imediato, com o fito de reaver a posse injustamente perdida.

Outro requisito importantíssimo da legítima defesa da posse é o que diz respeito ao comedimento na repulsa à turbação. O Código Civil faz uso do vocábulo “indispensável, para se referir aos limites impostos aos atos de defesa. Tito Lívio Pontes emprega o termo “moderação” para qualificar a atitude de legítima defesa: “é lícito repelir a força pela força com moderação de defesa legítima.”<sup>185</sup>

Essa moderação pode ser definida como a proibição de se reagir com força além daquela necessária para garantir que a ação turbativa não seja consolidada, ou seja, não ir além do mínimo suficiente para manter a posse.

A análise realizada quanto ao raciocínio utilizado para a aplicação da legítima defesa, conforme os parâmetros do Código Penal, mostra que a tentativa de se encontrar um limite para a reação passa pela busca por uma conceituação do que seriam os “meios necessários”, e o que seria a “moderação”, pois o próprio texto da lei coloca como limite o uso moderado dos meios necessários, ou seja, uma limitação vinculada primordialmente à atuação do sujeito. O Código Civil traz a limitação à defesa legítima vinculando os atos praticados ao seu respectivo resultado, eis que “os atos de defesa não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse”. Ou seja, diferentemente da lei penal, o legislador civil

---

183 VENOSA, 2003, p. 121.

184 PEREIRA, 2003, p. 62.

185 PONTES, p. 113.

parece não deixar margem à aceitação de uma resposta desproporcional, pois só seria permitido praticar o ato de defesa, se este não for “além do indispensável”.

Para Caio Mário da Silva Pereira, a medida da reação, para ser considerada legítima, pressupõe a presença de dois elementos: a nivelção da reação (do injustamente agredido) a um mínimo suficiente para repelir a turbação; e a verificação de uma resposta em medida proporcional à conduta do agressor: “demais disso, a proporcionalidade entre a agressão e a reação, que deverá conter-se no limite do indispensável a repeli-la.”<sup>186</sup>

Washington de Barros Monteiro coaduna com esse entendimento de que a reação legítima, dentro dos limites do “indispensável”, é revestida do requisito da “proporcionalidade” da repulsa: “[...] deve haver proporcionalidade na reação. O possuidor deverá, tão-somente, praticar os atos estritamente necessários para manter-se na posse.”<sup>187</sup>

Silvio Rodrigues também utiliza o termo “proporcionalidade” para fazer referência aos limites do emprego da legítima defesa, e vincula os “meios empregados”, a uma “reação proporcional”, ou seja, a reação só seria legítima se os meios fossem proporcionais.<sup>188</sup>

#### **4.4. Desforço imediato**

O desforço imediato está previsto no parágrafo único do artigo 1.210 do Código Civil de 2002, ao lado da legítima defesa da posse. É também modalidade de autotutela na defesa da posse, ou seja, permite ao indivíduo, de forma excepcional, que aja com sua própria força para fazer valer seu interesse legítimo, evidentemente, dentro dos limites legalmente impostos.

Assim como ocorre na legítima defesa, é necessário que ocorra um ato atentatório ao exercício da posse, dotado de natureza injusta, porém, neste caso, a violência exercida contra a posse vai além do mero “embaraço” ao seu exercício pleno. O desforço imediato é previsto para o caso de esbulho que, como já analisado, consiste na agressão ao exercício possessório,

---

186 PEREIRA, 2003, p. 62.

187 MONTEIRO, 2003, p. 55.

188 “A reação deve limitar-se ao indispensável para o alcance do objetivo colimado; ou melhor, os meios empregados devem ser proporcionais à agressão, pois, caso contrário, haverá excesso culposo.” RODRIGUES, 2003, P. 53.

causando a perda da posse<sup>189</sup>. Ou seja, a lei civil permite que o indivíduo use de sua própria força para recuperar um bem injustamente tomado, sobre o qual exercia posse. Nisso, já se percebe a peculiaridade desse instituto, pois, diferentemente da legítima defesa prevista no Código Penal, que só poderia ser exercida contra atos ainda em curso, nunca depois de cessados, no desforço, permite-se que o possuidor esbulhado reaja após a perda do bem – logo após, frise-se.

O requisito temporal é, assim, como na legítima defesa da posse, ditado pela expressão “contanto que o faça logo”. Conforme visto, a doutrina civil entende o logo como a ausência de intervalo entre a agressão e a reação. Tal conceito tem ainda maior utilidade para a análise do exercício do desforço imediato, pois na legítima defesa a reação exige que a perda ainda não haja consumado, podendo a vítima reagir assim que perceba a violência, e até que essa chegue a seu termo, o que é mais fácil de ser percebido. No caso de esbulho, este só se configura quando há a perda da posse.

Em termos práticos, no entanto, não faz diferença o momento inicial da repulsa, se durante a turbação, ou já no esbulho – se está em legítima defesa ou desforço imediato – pois em ambos os casos a lei confere proteção. Porém, o momento que denota o final da agressão, no caso do esbulho, é dotado de extrema relevância. Para Clóvis Beviláqua a reação deve se dar de imediato, e isso não é diferente do já analisado até aqui. Mas, para ele, o momento diante do qual deverá a reação ser empregada – o marco inicial – difere quando o esbulho ocorrer em virtude da violência, e quando ocorrer em virtude da precariedade ou da clandestinidade. Nestes dois casos, precariedade e clandestinidade, “logo” não significa imediatamente após a realização do ato praticado pelo esbulhador, e sim, quando o possuidor esbulhado tomar conhecimento do referido esbulho: “a retomada tem de ser iniciada em acto continuo, no caso de violência; e logo que o possuidor tiver conhecimento da espoliação, nos casos de clandestinidade ou precariedade.”<sup>190</sup>

Além dessa distinção, Beviláqua ainda distingue o momento de reação para os casos de desforço em relação a coisa móvel e em relação a coisa imóvel. No caso de esbulho contra bem imóvel, a reação deveria ocorrer conforme descrito no parágrafo anterior. Mas quando se tratar de coisa móvel, o ato de retomada do bem pode se protrair no tempo, pois seria possível

---

189 “Não apenas o possuidor turbado tem direito a essa defesa privada. Também o esbulhado pode restituir-se à posse da coisa, por sua própria força. Eis o que em direito se chama desforço imediato, mais amplo que a simples defesa. Cinge-se esta à repulsa da violência, enquanto naquela permite a lei ultrapasse o possuidor o dito limite, até que consiga recuperar a posse que lhe havia sido arrebatada.” MONTEIRO, Op. Cit. p. 55.

190 BEVILÁQUA, 2003, p. 78.

empreender perseguição ao esbulhador: “Se trata de coisa movel, o esbulhado pode perseguir o esbulhador, que procura fugir com o objecto, e retomar-lh’o.”<sup>191</sup> Fica perceptível neste caso a existência de um intervalo temporal entre o ato de esbulho e a retomada do bem, porém a reação com o fito de reaver a posse deve ser de imediato, ou seja, a perseguição deve ter início assim que bem lhe seja tomado. Essa idéia de se poder perseguir o esbulhador é repetida por Silvio de Salvo Venosa, utilizando a expressão “oportunidade e conveniência” para descrever o momento certo em que se permitiria atuar em exercício legítimo da autotutela.<sup>192</sup>

A respeito da brevidade na reação, Washington de Barros Monteiro chega a mencionar que o possuidor esbulhado pode reagir de imediato, ou então “logo que lhe seja possível reagir”. Entretanto, em seguida, o próprio Monteiro afirma que, havendo intervalo de tempo após a perda da posse, é “desaconselhável o desforço pessoal, tornando-se preferível se recorra ao interdito possessório, a fim de não perturbar a paz social.”<sup>193</sup>

Para Renan Falcão de Azevedo, o momento oportuno para a reação em desforço imediato será sempre quando da ciência do esbulho por parte do possuidor esbulhado. Isso porque ele faz uma leitura conjugada, no Código Civil, entre o dispositivo legal referente à perda da posse e o da sua respectiva defesa. O Novo Código Civil traz no artigo 1.224 a previsão de que, para quem não presenciou o esbulho, a posse só é perdida quando este toma ciência deste fato. Sendo assim, não importaria se o esbulho ocorreu por violência, clandestinidade ou precariedade, o marco inicial de quando o esbulhado deve reagir é contado a partir de quando ele toma ciência deste ato injusto:

[...] percebe-se ser possível a reação pessoal até mesmo quando a agressão já esteja consumada. Trata-se, portanto, de uma repulsa *a posteriori*. A atualidade da agressão, assim, projeta-se no tempo, até o momento em que o possuidor toma conhecimento dela.<sup>194</sup>

Washington de Barros Monteiro, apesar de não admitir o exercício da legítima defesa por terceiros, afirma, ao tratar do desforço imediato, que o possuidor, ainda que deva “liderar” a reação contra a agressão injusta, pode se valer da ajuda de terceiros sob seu comando: “No

---

191 Ibid. p. 78.

192 “Cuidando-se de furto ou roubo de coisa móvel, por exemplo, o esbulhado pode perseguir o ofensor que foge com o objeto e retomá-lo. [...] Passadas a oportunidade e conveniência da autodefesa, cabe ao sujeito recorrer às vias judiciais, sob pena de praticar ilícito penal.” VENOSA, 2003, p. 121.

193 MONTEIRO, 2003, p. 56.

194 AZEVEDO, 2000, p. 122.

exercício desse direito o possuidor tem de agir com suas próprias forças, embora possa ser auxiliado por amigos e serviçais.”<sup>195</sup> Conceito este que é repetido por Maria Helena Diniz<sup>196</sup>.

#### 4.5. Legitimidade para a autodefesa da posse

Em conformidade com o analisado no capítulo referente à função social, a posse, seja completamente autônoma ao domínio, seja fundada no título de propriedade, só se mantém pelo exercício conjugado da destinação econômica com a devida finalidade constitucional, qual seja a função social. E é o exercício da posse cumprindo a função social que, no entendimento de Torres, permite o exercício da sua defesa: “os próprios sujeitos em conflito têm possibilidade de atuar na defesa de seus interesses, a qual se legitima na medida em que um dos contendores cumpre ou não com a função social do bem ou se torna ilegítima.”<sup>197</sup> E, se a tutela possessória é legitimada na medida do cumprimento da função social, na autotutela da posse isso não poderia ser diferente. Assim, para Torres, se não houver função social, a autodefesa da posse não é legítima:

Por conta desta ausência de função social em ambos os institutos – na propriedade e na posse, conteúdo do direito – não se pode reconhecer ao titular do direito de propriedade a possibilidade de exercício do desforço imediato. Seria conferir poder de autotutela a quem não merece proteção sequer no direito que origina sua posse.<sup>198</sup>

Em uma análise fria da legislação, poder-se ia imaginar que somente a posse justa é que conferiria a faculdade de exercer a legítima defesa, afinal, esta tem como escopo justamente reagir contra a turbação e o esbulho, caracterizadores da “injustiça” na posse. Porém, como ensina Washington de Barros Monteiro, tanto a posse justa, a posse injusta, a posse de boa-fé e a posse de má-fé podem ser defendidas mediante a autotutela. Não é o fato de a posse ser viciada que impedirá o exercício da defesa: “não importa que a posse seja justa ou injusta, de boa ou má-fé. Em qualquer caso permite-se a reação pessoal do possuidor, consistente na *resistência* contra a turbação.”<sup>199</sup> Esse raciocínio é evidenciado por Torres,

---

195 MONTEIRO, Op. Cit. p. 55.

196 “Ao exercer tal direito, o possuidor deverá agir pessoalmente, assumindo toda a responsabilidade, embora possa ser ajudado por amigos e serviçais” DINIZ, 2007, p. 91.

197 TORRES, 2010, p. 320.

198 Ibid. p. 320.

199 MONTEIRO, 2003, p. 54.

quando afirma que a posse dotada de função social deve ser dotada de uma certa prioridade em relação à posse que não exerce sua função. Ou seja, antes do conflito entre posse justa e posse injusta, de propriedade e de posse, viria a verificação se a posse que se pretende proteger é dotada de função social: “A posse assim exercida deve ter uma proteção especial do sistema, no confronto com eventuais direitos que se alega ter sobre a coisa e, tal proteção, deve perdurar se e enquanto a posse for exercida com função social”.<sup>200</sup> Gustavo Tepedino, ao analisar a questão do abuso do direito do proprietário, traz argumento favorável à precedência da análise da função social no conflito possessório, pois, na inocorrência do exercício da função social, o domínio já tem descaracterizada sua legitimidade:

Os atos emulativos, úteis no passado para se construir a doutrina do abuso de direito, tornam-se totalmente desnecessários no sistema atual, sendo a função social um elemento interno do domínio, um pressuposto de legitimidade. Com efeito, muito antes de se caracterizar um ato emulativo, a propriedade perde a sua legitimidade constitucional se o proprietário deixar de promover os valores sociais associados à titularidade do domínio.<sup>201</sup>

Sendo assim, para se verificar a aptidão para exercer a autodefesa da posse, pressupõe-se, em primeiro lugar, que se verifique de que maneira os sujeitos envolvidos no conflito exercem sua posse – se cumprem a função social ou não. Se uma das partes não exerce a função social, ainda que seja proprietário, poderá ter sua faculdade de defesa da posse deslegitimada, frente a um possuidor que exerça a função econômica conforme a finalidade social, seja de moradia, seja de produção da terra. Não se trata de um exercício meramente matemático, nem de uma proteção à invasão ou à violência social<sup>202</sup>, a questão deve ser enfrentada levando-se em conta a primazia da função social ante os demais quesitos no conflito possessório.

---

200 TORRES, 2010, p. 309.

201 TEPEDINO, 2006, p. 159.

202 “[...] não se pretende sustentar que mereça proteção especial o ato de invasão, mas sim o ato de ocupação, qual seja aquele que vise ao atendimento de necessidades básicas do ocupante e sua família, tais como moradia e cultivo, conforme seja imóvel urbano ou rural, embora neste último seja possível existirem os dois interesses: moradia e cultivo.” TORRES, Op. Cit. p. 328.

## 5. Conclusão

Como se pôde verificar, em um Estado de Direito, autotutela é um instituto considerado como medida de exceção, previsto somente para os casos em que a tutela estatal não possa ser esperada, diante da extrema relevância de urgência de uma medida a ser tomada.

Pela breve análise do fenômeno da posse no direito brasileiro, percebe-se que, apesar de o Código Civil de 2002 não ter adotado na íntegra a teoria de Ihering, a doutrina objetiva da posse contribuiu enormemente para a compreensão contemporânea da categoria jurídica, permitindo-se, ao se visualizar o desmembramento da posse, estender a tutela possessória ao possuidor não proprietário.

Com o advento da Constituição de 1988, bem como do Novo Código Civil, tornou-se cada vez mais difícil repetir a idéia de que a importância estaria toda fundamentada na proteção da propriedade, como se a posse servisse apenas como um “escudo” para garantir ao proprietário a manutenção do seu direito. Pois, com a vinculação da propriedade ao cumprimento de sua função social, exige-se uma concretização dos poderes inerentes ao domínio, que não podem ficar adstritos ao direito abstrato. A função social exige um conteúdo real, que só é possível como efetivo exercício dos aspectos da posse – a destinação econômica conferida ao bem jurídico, aliada à finalidade constitucional de se garantir a função social. Neste viés, a propriedade se perfaz com a função social da posse e, portanto, aquela propriedade esvaziada do seu conteúdo possessório, que serve apenas para fins especulatórios, é relegada a segundo plano, frente à posse, ainda que injusta, não fundada em título jurídico, mas que exerce é concretizada mediante uma utilização econômica que se filia à função social da moradia e da produção.

Sendo assim, a tutela possessória fica também vinculada à função social, portanto, para o exercício da legítima defesa e do desforço imediato, a análise primordial que se deve fazer para encontrar a aptidão para o exercício legítimo da defesa não pode olvidar da verificação da presença ou não do cumprimento da função social quando do conflito possessório – aquele que a cumpre estará em vantagem.

## REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Renan Falcão de. *Posse: efeitos e proteção*. Caxias do Sul: EDUCS, 2000.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Coisas*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. 3ª. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2004. Vol. 1.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 4º vol.: Direito das Coisas. 22ª ed., ver. e atual. de acordo com a reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural)*. Porto Alegre: Fabris, 1988

GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GUERRERO, Hermes Vilchez. *Do excesso em legítima defesa*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Volume, 1 tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 17. Ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 37ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 3.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 18ª ed. De acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. IV.

PONTES, Tito Lívio. *Da posse no direito civil brasileiro*. São Paulo: Juscredi.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

ROSA, Fábio Bittencourt da. *Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003, p. 220.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito das Coisas v. 5*. São Paulo: Saraiva, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Tomo II.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *A Propriedade e a Posse: Um Confronto em torno da Função Social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direitos Reais*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.