



**UNISUL**

**UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA  
MARCOS ANTONIO DOS SANTOS BITENCOURT**

**OS LIMITES DA LEGÍTIMA DEFESA DA POSSE**

Tubarão

2011

**MARCOS ANTONIO DOS SANTOS BITENCOURT**

**OS LIMITES DA LEGÍTIMA DEFESA DA POSSE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentando ao Curso de Graduação em Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: José Paulo Bittencourt Júnior, Esp.

Tubarão

2011

**MARCOS ANTONIO DOS SANTOS BITENCOURT**

**OS LIMITES DA LEGÍTIMA DEFESA DA POSSE**

Este trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Tubarão, 16 de junho de 2011.

---

Prof. e orientador José Paulo Bittencourt Júnior, Esp  
Universidade do Sul de Santa Catarina

---

Prof. Geraldo Machado Cota Junior, Esp.  
Universidade do Sul de Santa Catarina

---

Prof. Jean Marcel Roussenq, Esp.  
Universidade do Sul de Santa Catarina

Dedico este trabalho a todos que não mediram esforços para que o sorriso que trago hoje, fosse possível. Aqueles que me fizeram rir nos momentos em que mais precisei, aos que estavam ao meu lado fornecendo força, aos que acreditaram em mim e, na realização desta conquista, aos que me confortaram nos momentos difíceis com palavras simples, mas ditas do coração. Muito Obrigado por existirem.

## AGRADECIMENTOS

A Deus, que desde o início de minha caminhada, esteve sempre comigo, guiando, protegendo e proporcionando momentos inesquecíveis ao lado de meus pais, irmão, familiares e amigos.

Aos meus amáveis Pais - Valdinei e Maria, que me deram o dom mais precioso do mundo: a vida. Revestem minha vida de amor, carinho e dedicação. Abriram as portas do meu futuro, proporcionando-me o estudo. Nesta caminhada não foram somente pais, mas amigos e companheiros. Obrigado meus pais, pelos momentos de compreensão, amizade, dedicação e amor que sempre tiveram comigo. Amo vocês!

Aos meus Irmãos – Guilherme e Marcelo - que se fazem presentes e inesquecíveis em minha vida.

A meu professor e orientador José Paulo Bittencourt Júnior, que me guiou na realização deste trabalho, mostrando em cada momento, compreensão, dedicação, paciência e inteligência. Os ensinamentos durante a produção deste trabalho, o respeito, enfim, momentos estes que ficarão marcados e lembrados com muito carinho. Muito obrigada por tudo!

A Universidade do Sul de Santa Catarina, por ter a mim disponibilizado um quadro de professores, dentre estes mestres e doutores, que com certeza sem estes não chegaria até aqui, especialmente aos professores Geraldo Machado Cota Junior e Jean Marcel Roussenq que fazem parte da banca de examinadora do presente estudo.

Aos colegas de curso, pelo espírito de camaradagem e convívio, certamente deixarão saudades!

Aos meus amigos Claudia, Camila, Túlio e Valéria, que estiveram ao meu lado, acreditando em mim e em meus ideais, fornecendo apoio e ajuda ao longo desta jornada. Amigos verdadeiros são para sempre!

## RESUMO

O presente estudo irá discorrer sobre os limites da legítima defesa da posse e os direitos que são a essa defesa inerentes. O **OBJETIVO** da pesquisa foi verificar no ordenamento jurídico os meios pelo qual o possuidor pode utilizar do aparato judicial para defender sua posse. Tem-se como foco principal do presente estudo, os meios extrajudiciais existentes, e qual o limite para que estes não se configurem como ato ilícito. Sobre o **MÉTODO** científico utilizado neste trabalho, utilizou-se o método dedutivo. Quanto aos **RESULTADOS** alcançados foram de que o possuidor, independentemente de ser ou não legítimo, pode defender a sua posse, com o auxílio do judiciário pode requerer a algumas ações. No entanto, sem este auxílio do judiciário há limites para essa defesa, sendo que se faz necessário bom senso para verificar quais são estes. Ao fim do estudo foi possível chegar a **CONCLUSÃO** de que tal instituto é de extrema importância frente às ações judiciais, devido ao seu caráter extrajudicial. Logo, tem mais celeridade, mesmo ao comparar as medidas liminares, ou seja, se mesmo entendendo que tais liminares sejam expedidas rapidamente, podem não terem efeitos devido ao fato de a posse já ter sofrido atos irreparáveis. Sendo assim, agir com seus próprios meios faz-se necessário, pois só assim, haverá uma resposta satisfatória contra a injusta agressão contra a posse.

Palavras-chaves: Posse. Legítima Defesa. Meios Extrajudiciais.

## **ABSTRACT**

This study will discuss about limits of legitimate defense of possession and some rights about this kind of defense. The PURPOSE of this research was to verify the legal ways that the owner can use to defend his possession. The main focus of this present study is the extrajudicial ways and the limits to defend a possession according to the law. About the scientific METHOD chosen, we used deductive method. The RESULTS can be understood by following: the owner, independent if is legitimate or not, can defend his possession and the judiciary can support some actions. However, without this support there are some limitations and a common sense it is needed to realize these actions. At the end of the study, it was possible to CONCLUDE that this institute it is extremely important to the lawsuits; it is easier and faster if you use the extrajudicial way, because even if the injunctions are dispatched quickly, the possession could be damaged. In this way, act by own it's necessary in some cases, because only then there will be a satisfactory response against unjust aggression against the possession.

Keywords: Possession. Legal Defense. Extrajudicial ways.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
1.1 DELIMITAÇÃO DO TEMA E FORMULAÇÃO DO PROBLEMA .....	9
1.2 JUSTIFICATIVA .....	9
1.3 OBJETIVOS .....	10
<b>1.3.1 Objetivos Específicos.....</b>	<b>10</b>
1.4 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS .....	10
1.5 DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO: ESTRUTURAÇÃO DOS CAPÍTULOS .....	11
<b>2 EVOLUÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE.....</b>	<b>12</b>
2.1 EVOLUÇÃO DO DIREITO DE POSSE .....	15
<b>2.1.2 Correlação entre Propriedade e Posse.....</b>	<b>16</b>
2.2 DO DIREITO DE PROPRIEDADE.....	18
<b>2.2.1 Conceito .....</b>	<b>18</b>
<b>2.2.2 Elementos Constitutivos.....</b>	<b>19</b>
<b>2.2.3 Função Social .....</b>	<b>21</b>
<b>2.2.4 Aquisição da Propriedade Imóvel.....</b>	<b>23</b>
2.2.4.1 Aquisição pelo Registro do Título.....	25
2.2.4.2 Aquisição por Acessão .....	28
2.2.4.3 Acessão por Formação de Ilhas .....	28
2.2.4.4 Acessão por Formação de Aluvião .....	29
2.2.4.5 Acessão por Avulsão .....	29
2.2.4.6 Aquisição por Álveo Abandonado .....	30
2.2.4.7 Aquisição por Construções e Plantações .....	30
<b>2.2.5 Aquisição por Usucapião .....</b>	<b>31</b>
2.2.5.1 Usucapião Extraordinário .....	31
2.2.5.2 Usucapião Especial Rural.....	32
2.2.5.3 Usucapião Especial Urbano.....	32
2.2.5.4 Usucapião Ordinário.....	33
<b>3 POSSE .....</b>	<b>34</b>
3.1 CONCEITO .....	34
3.2 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS.....	36
3.3 CLASSIFICAÇÃO.....	37



<b>3.3.1 Posse Direta e Indireta .....</b>	<b>37</b>
<b>3.3.2 Posse Justa e Injusta.....</b>	<b>37</b>
<b>3.3.3 Posse de Boa-Fé e de Má-Fé.....</b>	<b>38</b>
<b>3.3.4 Posse Nova e Posse Velha.....</b>	<b>38</b>
<b>3.3.5 Compose .....</b>	<b>39</b>
<b>3.4 MODOS DE AQUISIÇÃO DA POSSE.....</b>	<b>39</b>
<b>3.4.1 Aquisição em Função da Origem da Posse.....</b>	<b>40</b>
<b>3.4.2 Aquisição por Acesso de Posse .....</b>	<b>40</b>
<b>3.4.3 Quem Pode Adquirir a Posse.....</b>	<b>41</b>
<b>3.5 MODOS DE PERDA DA POSSE .....</b>	<b>41</b>
<b>3.5.1 Por Abandono .....</b>	<b>42</b>
<b>3.5.2 Pela Tradição .....</b>	<b>42</b>
<b>3.5.3 Posse de Outrem .....</b>	<b>43</b>
<b>3.6 FORMAS PROCESSUAIS DE DEFESA DA POSSE.....</b>	<b>44</b>
<b>3.6.1 Instituto de Defesa da Posse.....</b>	<b>45</b>
3.6.1.1 Ação de Manutenção de Posse .....	45
3.6.1.1.1 <i>Requisitos para Propor a Ação .....</i>	<i>45</i>
3.6.1.2 Ação de Reintegração de Posse .....	46
3.6.1.2.1 <i>Requisitos para a Ação.....</i>	<i>47</i>
3.6.1.3 Ação de Interdito Proibitório.....	48
3.6.1.3.1 <i>Requisitos para Propor a Ação .....</i>	<i>48</i>
<b>4 LEGÍTIMA DEFESA DA POSSE .....</b>	<b>50</b>
4.1 HISTÓRIA DA AUTOTUTELA AO PODER JURISDICIONAL .....	50
4.2 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA.....	52
4.3 OUTRAS HIPÓTESES EM QUE A LEI CIVILISTA PERMITE A UTILIZAÇÃO DOS PRÓPRIOS MEIOS PARA POR FIM À LESÃO .....	54
4.4 DIFERENÇA ENTRE LEGÍTIMA DEFESA DA POSSE E DESFORÇO IMEDIATO..	55
4.5 LEGÍTIMA DEFESA DA POSSE E SEUS REQUISITOS .....	56
4.6 LEGITIMIDADE .....	59
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>61</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>63</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo irá discorrer sobre os limites da legítima defesa da posse e os direitos que são a essa defesa inerentes.

### 1.1 DELIMITAÇÃO DO TEMA E FORMULAÇÃO DO PROBLEMA

O tema delimitado nesta pesquisa refere-se aos limites do possuidor em defender a sua posse legalmente utilizando-se do aparato extrajudicial. De acordo com o Código Civil, e também o Código de Processo Civil, é possível ao possuidor, por si só, defender sua posse. Porém, qual o limite permitido para que tal defesa com as “próprias mãos” não se torne ato ilícito?

### 1.2 JUSTIFICATIVA

O presente trabalho aborda a legítima defesa da posse pelo possuidor. A propriedade privada vem ao longo da história mostrando-se que é um dos fatos que gera maiores desentendimentos, tanto entre proprietários legítimos quanto entre aqueles que dizem ser proprietários, quando na verdade são apenas possuidores.

Os possuidores, devido ao caráter que assumem se auto intitulam proprietários e também possuem direito a defender a sua posse. Assim, esses direitos dados aos posseiros advêm do fato de que o legislador, com o intuito de amenizar os conflitos gerados por terceiros ou até mesmo posseiros indiretos, ao reclamarem o seu possível patrimônio, podem causar enormes prejuízos ao posseiro de boa-fé, necessitando este de ferramentas legais para defender sua posse.

### 1.3 OBJETIVOS

Tem-se como objetivo geral deste estudo, verificar a relação entre o possuidor e a propriedade imóvel, e o direito a legítima defesa da posse. Por conseguinte, pontuou-se alguns objetivos específicos.

#### 1.3.1 Objetivos Específicos

Os objetivos específicos da monografia são:

- Demonstrar os principais meios de defesa da propriedade que podem ser utilizados tanto pelo possuidor direto como pelo indireto.
- Verificar se o possuidor pode agir de má-fé e mesmo assim continuar como legítimo possuidor.
- Averiguar os meios pelos quais o possuidor tem para manter a sua posse, sendo esta de boa-fé.
- Apresentar quais as medidas cabíveis para a resolução pacífica do conflito entre possuidor e proprietário.

### 1.4 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

O método científico, que será empregado nesta pesquisa, será o método dedutivo de abordagem, que consiste em: a partir de uma preposição ampla, abordar uma terminação explícita.

Segundo Leonel e Motta (2007, p. 86) “dentro dos métodos de abordagem, o dedutivo é aquele que parte de um raciocínio geral e conclui uma proposição particular”.

O método proposto é mais adequado ao tema, devido ao fato de que primeiramente irá analisar as relações entre a posse e os direitos de seu possuidor em defendê-la. O método de procedimento utilizado pela presente pesquisa é o método monográfico,

devido a que se trata de um estudo de um determinado assunto, de modo amplo, e aprofundado.

### 1.5 DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO: ESTRUTURAÇÃO DOS CAPÍTULOS

O desenvolvimento da monografia foi estruturado em três capítulos. Ideia geral do primeiro capítulo: Demonstrar que desde os primórdios da humanidade, o homem possui ligação com o direito de propriedade. Primeiramente surgiram as declarações de direitos sobre os bens móveis, após sobre os bens imóveis e ainda a propriedade passou de coletiva, para individual. E também a evolução da posse com o tempo, as correlações entre posse e propriedade, e ainda quais os meios de se adquirir a propriedade e quais suas características.

Já a idéia geral do segundo capítulo: Tenta vislumbrar como surgiu a posse, quais as teorias que a define, como é classificada, quais os meios para sua aquisição, quem está apto a adquirir, e quais os meios para a sua perda, além de quais os meios processuais para defendê-la.

Finalmente, a idéia geral do terceiro capítulo: Como surge a autotutela da posse, e como se dá ao longo da história até o ordenamento estatal intervir; qual o seu conceito e sua natureza. O capítulo visa ainda, apresentar outras hipóteses em que a lei permita que o indivíduo por si só satisfaça sua pretensão, e mais, demonstrar a diferença entre legítima defesa da posse e o desforço imediato. Além de quais os requisitos da legítima defesa e os legitimados para agir.

## 2 EVOLUÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE

O presente trabalho tem como foco principal a posse, porém, ao falar sobre tal tema é necessário, também, evocar um segundo tema: a propriedade. Assim será possível alcançar uma melhor visão de todo o contexto que envolve a temática central deste estudo.

A natureza sempre foi utilizada pelo homem para suprir suas necessidades e vontades. Esta relação é denominada juridicamente como propriedade, em que pese ter surgido nas sociedades primitivas somente em relação aos bens móveis.

Antes da época romana, nas sociedades primitivas, somente existia propriedade para as coisas móveis, exclusivamente para os objetos de uso pessoal, tais como peças de vestuário, utensílios de caça e pesca. O solo pertencia a toda a coletividade, todos os membros da tribo, da família, não havendo o sentido de senhoria, de poder de determinada pessoa. (VENOSA, 2009, p. 157-158).

Em relação aos bens móveis, esta situação é verificada porque os povos primitivos não desenvolviam uma ligação duradoura com o solo utilizado, sendo que ele era explorado e trocado por outros solos com muita frequência.

Os povos primitivos que ainda hoje sobrevivem, distantes do contato com o homem civilizado, mantêm a mesma organização. Enquanto os homens vivem exclusivamente da caça, da pesca e de frutos silvestres, não aflora a questão acerca da apropriação do solo. Admite-se a utilização em comum da terra pela família ou tribo. Não se reconhece a utilização individual e exclusiva. Tanto a cultura do solo como a criação de animais são feitas em comum. (...) Não estava o homem preso ao solo, porque essa constante movimentação não o permitia. Destarte, não havia noção de utilização privativa do bem imóvel. (VENOSA, 2009, p. 158).

Com o decurso da história, o homem, num primeiro momento, de maneira coletiva, e depois de maneira individual, passou a ligar-se à terra que utilizava, de maneira a fixar-se nela, reduzindo a rotatividade dos solos utilizados.

No curso da história, a permanente utilização da mesma terra pelo mesmo povo, pela mesma tribo e pela mesma família passa a ligar então o homem à terra que usa e habita, surgindo daí, primeiramente, a concepção de propriedade coletiva e, posteriormente, individual. (VENOSA, 2009, p. 158).

Foi incerto o momento em que apareceu na sociedade romana a primeira forma de propriedade do imóvel, porém algumas fontes datam a lei das XII tábuas. Neste período inicial do direito romano, as terras eram dadas para que os indivíduos as cultivassem, logo após a colheita eram devolvidas para a coletividade. Este processo se repetia na próxima colheita, e assim sucessivamente, até surgir o costume de dar sempre a mesma porção de terras às mesmas pessoas.

É difícil precisar o momento em que surge, na sociedade romana, a primeira forma de propriedade territorial. Não é muito clara nas fontes a forma de propriedade comum na primitiva Roma. A noção de propriedade imobiliária individual, segundo algumas fontes, data a lei das XII Tábuas. Nesse primeiro período do direito

Romano, o indivíduo recebia uma porção de terras que devia cultivar, mas, uma vez terminada a colheita, a terra voltava a ser coletiva. Paulatinamente, fixa-se o costume de conceder sempre a mesma porção de terra às mesmas pessoas ano após ano. Nesse sentido, arraiga-se no espírito romano a propriedade individual e perpetua. (VENOSA, 2009, p. 158).

No período medieval, os senhores feudais asseguravam o direito de propriedade absoluta, ou seja, os nobres eram os únicos proprietários de terras. Devido ao fato de que os reis, temendo perder as terras para o domínio estrangeiro, faziam doações para que esses feudos doados fossem protegidos por seus senhores, garantindo respectivamente que todas as terras do reino também fossem protegidas.

Na época medieval, já no século V, os senhores feudais (os nobres), detinham a propriedade absoluta dos domínios feudais, isto é, os nobres eram os únicos donos das terras. “Feudo” tem origem na palavra *Fêhod*, do germânico, que significa concessão de terras. Os feudos se originaram de concessões, que o Rei fazia, transmitindo o domínio de certa quantidade de terras aos senhores feudais, em troca da ajuda contra invasões estrangeiras. Entre o rei (suserano) e seus vassallos, havia direitos e obrigações recíprocas para a defesa da terra. (DOWER, 2006, p. 122).

Assim, surgiu no Brasil o direito imobiliário a partir do tratado de Tordesilhas, firmado entre Portugal e Espanha, que apareceu para acalmar os ânimos e evitar uma possível guerra entre os acordantes. O tratado possuía o seguinte acordo: as terras ao lado oeste do território brasileiro delimitado seriam exploradas pelos Espanhóis, e as terras ao leste deveriam ser de domínio dos Portugueses.

Logo, o território Brasileiro ficou sob o domínio dos portugueses, e em 1500 com o descobrimento do Brasil, ocorreu a posse e o domínio das terras por eles.

A história da propriedade imobiliária no Brasil teve início em 1494, com o tratado de Tordesilhas. Portugal e Espanha, para evitarem uma guerra, celebraram esse tratado, segundo o qual as terras situadas aquém de uma linha, direta de pólo a pólo, norte a sul, pertenciam ao domínio de Portugal, e as terras, do outro lado dessa linha, à Espanha. Essa linha divisória passava pela altura da cidade de Laguna, Estado de Santa Catarina. Com o descobrimento do Brasil em 1500, ocorreu a posse e o domínio dessas terras pela coroa portuguesa. (DOWER, 2006, p.122).

Dessa forma, como o território brasileiro era muito amplo, criou-se um sistema para facilitar a colonização. Era o chamado sistema das Capitânicas Hereditárias, que nada mais era do que um sistema de colonização entregue à iniciativa privada para cultivar, desenvolver e proteger as terras. Foi dividido o território em 15 porções de terras denominadas capitânicas e foram doadas a 12 homens intitulados capitães.

Para colonizar a vastidão do território brasileiro criou-se, então, o sistema das Capitânicas Hereditárias (D. João III, dividiu o território da colônia em 12 capitânicas, no ano de 1534), uma forma de colonização entregue à iniciativa privada. Dividiu-se o território descoberto em 15 porções, por linhas paralelas ao Equador, com 50 léguas de costa (litoral), e que iam até os limites fixados em Tordesilhas. Essas 15 porções do território, designadas “capitânicas”, foram doadas a 12 donatários, que receberam o título de “capitão” ou “governador”. Mas, foi uma doação *sui generes*, que não importava numa alienação. O Rei, através do “capitão” distribuía as terras, em sesmarias, aos moradores cristãos, para que Estes as cultivassem dentro de certo

prazo. Esse prazo era, em geral, de 5 anos, excepcionalmente mais. Como sanção pelo não aproveitamento da terra, figurava a perda da terra em favor da Coroa, bem como uma determinada multa pecuniária. Daí o termo “devoluta”, ou seja, terras distribuídas em sesmarias a particulares e devolvidas à Corte portuguesa, por não terem sido utilizadas. (...) O sistema sesmarial brasileiro não permitia que o sesmeiro adquirisse o domínio da terra; o que havia era uma simples posse, com obrigação de pagamento de imposto. (DOWER, 2006, p. 122/123).

Avançando um pouco no tempo, já em 1789, a Revolução Francesa foi responsável pela extinção dos privilégios e dos direitos feudais. Logo se restabeleceu, com a declaração dos direitos do homem e do cidadão, a propriedade e seus respectivos direitos, isto é, a propriedade passou a ser adquirida pela livre iniciativa.

O direito de propriedade é proclamado como natural, ilimitado e individualista. Para a declaração dos direitos do homem e do cidadão, a propriedade é um direito “inviolável e sagrado”. Define-o, por outro lado, o Código Napoleão – expressão da mesma ideologia burguesa impulsionadora da Revolução Francesa – como “o direito de gozar e dispor das coisas da maneira mais absoluta”. (COELHO, 2006, p. 57).

Enquanto as sociedades primitivas seguiam os moldes de primeiro utilizar o modelo da propriedade comum ou social, para após aderirem à concepção de propriedade privada, as ideologias presentes no capitalismo e no socialismo levaram as sociedades modernas ao reconhecimento da propriedade individual e respectivamente ao reconhecimento da propriedade coletiva.

O segundo marco é a flexibilização a que se obrigou o Estado capitalista ao longo do século XX para sobreviver ao avanço do socialismo. Ela reclamou uma profunda alteração no direito de propriedade, cujo exercício passou a se subordinar ao atendimento da função social. Deixou de ser afirmado como um direito egoísta para se compatibilizar com a realização do interesse público (Savatier, 1950). O altruísmo do proprietário, que a nova formulação procurou estimular, contribuía assim para a redução dos conflitos de classe. (COELHO, 2006, p. 57).

Já, com a constituição de 1824, o sesmeiro passou a ter o domínio de suas terras. Em 1850, com a vigência da lei n.º 601, criou-se o registro paroquial ou do vigário que se baseava apenas na estatística, ou seja, somente para conhecer a quantidade de posseiros presentes no país.

Em 17 de junho de 1822, D. Pedro I suspendeu o sistema sesmarial, mas, pela constituição de 25 de março de 1824, o sesmeiro adquiriu o domínio pleno de suas terras (art. 179). Três tipos de situações devem ser consideradas em relação às terras na época: 1) terras pertencentes a sesmeiros legítimos, doadas regularmente através da sesmaria, e cujos beneficiários, uma vez satisfeitas as condições e exigências legais, adquiriam o domínio pleno, através do art. 179, XXII, da constituição Imperial; 2) as terras não distribuídas, ou não cultivadas que, concedidas a terceiros, haviam voltado ao Estado, chamadas “devolutas”; 3) as terras ocupadas por pessoas sem nenhum título, situação de fato (os posseiros). Em 1850, a Lei n.º 601, criou o registro paroquial ou do vigário (registro feito perante o vigário da paróquia), que visava obter dados estatísticos, numa tentativa do governo imperial de conhecer o número de posseiros no País. Assim, o referido registro não conferia nenhum direito; representava simples indício de prova de posse. Portanto, a Lei n. 601, nossa primeira lei de terras, não regulamentou a situação dos posseiros (sesmeiros legítimos). (DOWER, 2006, p. 123/124).

Apareceu então nas constituições seguintes, até a atual, uma proteção da propriedade, sendo que seu possessor, dono, só poderá perdê-la por vontade própria ou pela ação do estado em desapropriá-lo, caso ela não estiver cumprindo a função social da propriedade.

De certo modo os legisladores e os aplicadores da lei em todo o mundo, segundo afirma Trabucchi, mostram-se propensos a atenuar a rigidez do direito de propriedade. Outros preconizam a “publicização” do direito de propriedade (Savatier), na medida em que a órbita de ação individual cede praça às existências da ordem pública. E outros, ainda, tratam a propriedade como “intuição” e não como direito. Acreditando e sustentando que os bens são dados aos homens não pra que deles extraíam o máximo de benefício e bem-estar com sacrifício dos demais, porém, para que os utilizem na medida em que possam preencher a sua “função social”, defendem que o exercício do direito de propriedade há de ter por limite o cumprimento de certos deveres e o desempenho de tal função. (PEREIRA, 2009, p. 70/71).

Deste modo, ao proteger a propriedade privada e determinar a sua finalidade social, também foi observado que esta não poderia sacrificar o interesse coletivo em prol do individual, e vice-versa. Logo, a propriedade não poderia exercer a função social apenas coligada à função individual.

Garantindo o cumprimento da função individual, deve o uso da propriedade compatibilizar-se com os demais interesses que gravitam em torno dela. Ao determinar que a propriedade cumpra também a sua função social, a Constituição prestigia os interesses dos não proprietários que podem ser afetados pelo exercício do direito de propriedade (Silva, 1976:254/256). Desse modo, o dono do imóvel no qual existe uma floresta cuja preservação interessa à sociedade pode ter o exercício do seu direito limitado (pela função social), desde que continue com o bem como alternativa de sustento (função individual). (...) A propriedade, em suma, deve estar apta a cumprir simultaneamente as funções individual e social que dela se espera. (COELHO, 2006, p. 58/59).

A propriedade possui em cada momento, um conceito típico de tal época. Este quadro muda após o surgimento da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. A partir daí, a propriedade passa a ter as características da atualidade, ou seja, a propriedade passa a ter a finalidade de atender uma gama de direitos e deveres do homem.

## 2.1 EVOLUÇÃO DO DIREITO DE POSSE

A definição de posse é muito ampla, pois não se sabe precisamente o momento em que tal instituto surge para o mundo dos fatos, todavia indaga-se que surgiu com os romanos, não criando teoria, mas sim regulamentando tal instituto.

Embora o Romano nunca fosse propenso às abstrações e por isso não tivesse elaborado uma teoria pura da posse, aquele Direito foi particularmente minucioso ao



disciplinar este instituto. Tão cuidadoso, que quase todos os sistemas jurídicos vigentes adotam-no por modelo. (PEREIRA, 2009, p. 11).

Descrevendo como os romanos compreendiam a posse, cabe lembrar que estes não a viam separadamente. Logo, a posse de bens incorpóreos não era concebida como definição aceita.

E no direito romano posterior definia-se a *possessio* como toda a relação material intencional da pessoa com a coisa. É como compreende Astolpho Rezende: “Os romanos não compreendiam a posse senão ligada a uma coisa; *Nec possideri intelligitur jus incorporale*; não se compreende que possa ser possuído o direito incorpóreo”. Nesta consideração da posse estavam envolvidas a posse propriamente dita (...) e a detenção (*possessio naturalis*), sendo que a primeira era a verdadeira posse. (RIZZARDO, 2004, p.16).

Em que pese não ter desenvolvido uma teoria, ainda assim o direito romano serve como fundamento para as várias opiniões, das mais antigas até as modernas, sendo que por mais que se descreva sobre posse, apenas se consegue repetir, ou adaptar algumas palavras.

Os doutores de maior talento e engenho, ao formularem a sua dogmática, não perdem de vista os textos e as proposições que os jurisconsultos enunciaram. E, mesmo quando alguém supõe estar fazendo obra original, nada mais consegue do que repetir ou adaptar em linguagem a experiência que o *Corpus Iuris Civilis* fixou há 15 séculos, e que o tempo decorrido e o reestudo sedimentaram. (...) Mas a dogmática da posse não perde os conceitos romanos, que enfrentaram uma tão freqüente imposição dos fatos e uma tão farta contribuição de variegadas hipóteses que as teorias vão ainda hoje inspirar-se naquelas fontes. A exposição, posto que moderna, não dispensa os ensinamentos da sabedoria romana, como a invocação dos textos, não obstante as dúvidas levantadas quanto às interpolações ao tempo da codificação justinianéia, revela utilidade indisfarçável para a solução de problemas atuais. Talvez pelo fato de, nestes 2000 anos de civilização romano-cristã, viver a posse sempre presente na cogitação dos civilistas, é o campo onde os temas andam mais controvertidos. Tudo, em termos de posse, é debatido, negado, reafirmado. (PEREIRA, 2009, p. 11).

No direito romano, junto aos pretores, surgiu o instituto da posse. Já no Brasil, como citado anteriormente, a posse evolui com o fim das Capitânicas Hereditárias e o surgimento da primeira Constituição Federal, que consistia em defender também as terras daqueles que eram simples posseiros e que não tinham poderes plenos sobre o imóvel.

### 2.1.2 Correlação entre Propriedade e Posse

A posse é o fator que possibilita o proprietário o contato direto com a propriedade, ou seja, quem não tem posse, não pode utilizar-se da coisa. Para a proteção do estado de aparência que surge o instituto da posse e afins.

Rudolf Von Jhering (1976, p. 49), baluarte da teoria da posse, inicia sua obra A teoria simplificada da posse afirmando que se distingue o jurisra dos demais

membros da sociedade pela diferença imediata que ele estabelece entre as noções de posse e propriedade. Isso porque vulgarmente não se estabelecem distinções entre os institutos, sendo vocábulos de uso equivalente. (...) Assim, a posse é o fato que permite e possibilita o exercício do direito de propriedade. Quem não tem a posse não pode utilizar-se da coisa. Essa a razão fundamental, entre outras, de ser protegido esse estado de aparência (...). (VENOSA, 2009, p. 28).

A propriedade por sua vez é caracterizada pelo fato da relação entre a coisa e a pessoa, que se configura na objetividade da lei imposta, surgindo assim uma relação de direito.

A propriedade é a relação entre a pessoa e a coisa, que assenta na vontade objetiva da lei, implicando um poder jurídico e criando uma relação de direito. (...) A posse se distingue da propriedade, mas o legislador, querendo proteger o proprietário, assegura o possuidor até que se demonstre não ter ele a condição de dono. Tal proteção, que se estriba numa preocupação de harmonia social, é transitória e sucumbe diante da prova do domínio. (RODRIGUES, 2003, p. 16/17).

Assim, a propriedade e posse podem ser distinguidas também por outros institutos, tais como *Ius possidendi* e o *Ius possessionis*, que se definem da seguinte forma: o primeiro é o proprietário que tem a posse, o segundo o possuidor que não é proprietário.

*Ius possidendi* é o direito de posse fundado na propriedade (...). O possuidor tem a posse e também é proprietário. A posse nessa hipótese é o conteúdo ou objeto de um direito, qual seja, o direito de propriedade ou direito real limitado. O titular pode perder a posse e nem por isso deixará sistematicamente de ser proprietário. Quando não por sua própria vontade, sua inércia, não interrompendo a posse de terceiro, poderá fazer com que perca o domínio. *Ius possessionis* é o direito fundado no fato da posse, nesse aspecto externo. O possuidor, nesse caso, pode não ser o proprietário, não obstante essa aparência encontre proteção jurídica, pelos motivos até agora cogitados. Essa é uma das razões pelas quais nosso Código estatui: “considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno, ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio, ou propriedade”(…). Desse modo, o *ius possidendi* (faculdade jurídica de possuir) refoge à teoria da posse. Somente o *ius possessionis* (fato da posse) é objeto da teoria possessória propriamente dita (...). (VENOSA, 2009, p. 29).

Notório é o fato de que apesar de posse e propriedade serem institutos diferentes há uma grande semelhança entre eles.

Posse e propriedade, como se percebe, têm elementos comuns, ou seja, a submissão da coisa à vontade da pessoa. Daí aflorar a noção de aparência no conceito de posse, pois a posse é a forma ordinária de ser exercido o direito de propriedade. Por isso, existe a presunção tão logo o possuidor declare, ou de algum modo se saiba, que ele possui outro título, como locatário, comodatário, depositário, representante do proprietário etc. ou como usurpador. (...) Como posse é considerada um poder de fato juridicamente protegido sobre a coisa, distingue-se do caráter da propriedade, que é direito, somente se adquirindo por título justo e de acordo com as formas instituídas no ordenamento. (...) Nas ações possessórias (interditos), trata-se exclusivamente da questão da posse. Nas chamadas ações petitórias (*petitorium iudicium*), leva-se em conta exclusivamente o direito de propriedade. (...) O juízo possessório tem mero caráter temporário, mas suficiente para manter íntegro um estado de fato, sem o qual se inseriria elemento de insegurança e incerteza social. Como conseqüência, a coisa julgada em ação possessória não decide acerca do domínio. Por essa razão, o proprietário ou titular do domínio vencido em ação possessória pode discutir a propriedade e reivindicá-la no juízo petitório. (VENOSA, 2009, p. 31/33/34).

Como especifica o Código Civil, apenas alguns dos poderes ligados a propriedade são inerentes à posse. “Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade. (...)” (BRASIL, 2002).

Já a propriedade é definida como a união de todos os poderes que o indivíduo tem para utilizá-la. “Art. 1.228. 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. (...)” (BRASIL, 2002).

Logo, vislumbra-se que propriedade é aquela que o proprietário tem em relação ao bem imóvel. Trata-se de que, além da posse, o proprietário possua o direito de usar, dispor e reaver de quem quer que a possua ou detenha. Já o possuidor tem relação material apenas, ou seja, possui a simples posse.

## 2.2 DO DIREITO DE PROPRIEDADE

### 2.2.1 Conceito

A propriedade, desde sua mais primitiva forma até a atual, sempre se caracterizou pelo contato entre ela e seus respectivos proprietários, ou até mesmo por aquele que nunca teve a sua posse, porém sempre foi proprietário.

Direito real por excelência, direito subjetivo padrão, ou “direito fundamental” (Pugliatti, Natoli, Planiol, Ripert e Boulanger), a propriedade mais se sente do que se define, à luz dos critérios informativos da civilização romano-cristã. A idéia de “meu e teu”, a noção do assenhoreamento de bens corpóreos e incorpóreos independe do grau de cumprimento ou do desenvolvimento intelectual. Não é apenas o homem do direito ou o *business man* que a percebe. Os menos cultivados, os espíritos mais rudes, e até crianças têm dela a noção inata, defendem a relação jurídica dominial, resistem ao desapontamento, combatem o ladrão. Todos “setem” o fenômeno propriedade. Em termos de generalização, Laafayette atribuiu-lhe o sentido abrangente de todos os direitos que formam o patrimônio, ou todos os direitos que se traduzem numa expressão pecuniária. E Serpa Lopes declara, peremptoriamente, estar construída a teoria dos direitos reais em torno da propriedade erigida assim em centro de irradiação. (PEREIRA, 2009, p.74).

Ainda nesta seara, a propriedade atribui ao indivíduo alguns direitos a ela inerentes, tais como o direito de usar, gozar ou fruir e até de dispor da coisa, além de ter o direito de reavê-la de quem injustamente a possua ou detenha.

A propriedade é o direito real por excelência, porque confere ao seu titular os três poderes: usar, fruir ou gozar e dispor, além de atribuir-lhe a condição de reivindicá-la do poder de quem quer que injustamente o detenha. (...) (DOWER, 2006, p.120).

Pois bem, o direito real que independentemente de quem for seu proprietário, incide sobre a coisa para o seu efetivo exercício de uso. Proteção, esta, dada ao instituto intitulado como fundamental para o direito privado.

A propriedade representa a espinha dorsal do direito privado, pois o conflito de interesses entre os homens, que o ordenamento jurídico procura disciplinar, manifesta-se, na quase generalidade dos casos, na disputa sobre bens. Trata-se, como é óbvio, de um direito real, ou seja, de um direito que recai diretamente sobre a coisa e que independe, para o seu exercício, de prestação de quem quer que seja. Ao titular de tal direito é conferida a prerrogativa de usar, gozar e dispor da coisa, bem como de reivindicá-la de quem quer que injustamente a detenha. (...) (RODRIGUES, 2003, p. 76/77).

Basicamente a definição de propriedade passa pela união de algumas características inerentes à propriedade, sendo que nenhum dos critérios basta isoladamente.

Sua conceituação pode ser feita à luz de três critérios: o *sintético*, o *analítico* e o *descritivo*. Sinteticamente, é de se defini-lo, com Windscheid, como a submissão de uma coisa, em todas as suas relações, a uma pessoa. Analiticamente, o direito de usar, fruir e dispor de um bem, e de reavê-lo de quem injustamente o possua. Descritivamente, o direito complexo, absoluto, perpétuo e exclusivo, pelo qual uma coisa fica submetida à vontade de uma pessoa, com as limitações da lei. (...) (GOMES, 2004, p. 109).

Entre os direitos reais, o de propriedade é o de maior valor. Todos os institutos deste ramo se descrevem como limitação, exteriorização ou ainda: desdobramento do direito de propriedade. Logo, o proprietário pode usar de todas as suas prerrogativas sobre seu bem, exceto as limitações existentes.

### 2.2.2 Elementos Constitutivos

Imediatamente, a idéia de ligação entre proprietário e propriedade se baseia nas prerrogativas que foram conferidas ao titular, que pode usar, gozar dela e extrair dela benefícios, sem, no entanto alterar-lhe.

Direito de usar – *ius utendi*. Consiste na faculdade de colocar a coisa a serviço do titular, sem modificação da sua substância. O dono a emprega no seu próprio benefício, ou no de terceiro. Serve-se da coisa. Mas é claro que também pode deixar de usá-la, guardando-a ou mantendo-a inerte. Usar não é somente extrair efeito benéfico, mas também ter a coisa em condições de servir. Porém utilizá-la *civiliter*, uma vez que o uso se subordina às normas da boa vizinhança (...) e é incompatível com o “abuso de propriedade”. Subordinando, o parágrafo segundo do art. 1.228 do Código Civil de 2002, a propriedade à teoria do abuso do direito, veda o exercício da propriedade dirigido no propósito de ser nocivo a outrem. O parágrafo fala em “intenção de prejudicar”. A pesquisa subjetiva seria inócua, mas o que se deve

entender aqui é que a ordem jurídica reprime a conduta lesiva, ainda que abstratamente fundada no direito de propriedade. Modernamente o Direito Positivo cada vez mais restringe as prerrogativas dominiais, ora limitando a utilização, ora impondo-o em benefício da coletividade. (PEREIRA, 2009, p. 77).

Em anexo a tal direito de usar vem o de gozar que se fundamenta no tirar proveito da coisa, com seus frutos ou auferir-lhe os produtos.

Direito de gozar – *ius fruendi*. Realiza-se essencialmente com a percepção dos frutos, sejam os que da coisa naturalmente advêm (*quidquid nasci ET renasci solet*), como ainda os frutos civis. A fruição, em termos de precisão lingüística, distingue-se do uso, e já o Direito Romano admitia a estipulação destacada: *si fructus sine usu obtigerit stipulatio locum habebit*. A linguagem corrente, mesmo jurídica, emprega a expressão em sentido mais abrangente, inserindo no direito de gozar o de usar, tendo em vista a normalidade lógica do emprego da coisa, cuja fruição habitualmente envolve a utilização. Pode-se, igualmente, pressupor no gozo a utilização dos produtos da coisa, além dos frutos, embora uns e outros se diferenciem. (PEREIRA, 2009, p. 78).

Ainda sobre os atributos da propriedade, no qual a união de todos se configurava à propriedade perfeita, temos o *ius abutendi*, que tem como característica, a subordinação em relação às exigências sociais, ou seja, poderia dispor da coisa, mas sempre em consonância com o bem comum.

*Direito de dispor – ius abutendi* – É a mais viva expressão dominial, pela maior largueza que espelha. Quem dispõe da coisa mais se revela dono do que aquele que a usa ou frui, o que levou Landrecht prussiano de 1794 a erigir a disponibilidade como elemento definidor do domínio. O direito romano empregava o verbo *abutere* para traduzir este atributo, o que conduziu muitos escritores, traduzindo-o literalmente, a reconhecer no proprietário o poder extremo de *abusar* da coisa. Mas é certo que o Direito Romano não concedia tal prerrogativa, fazendo ao revés conter o domínio em termos compatíveis com a convivência social. Muito mais patente é no direito moderno, este propósito de contenção, não só pela repressão ao mau uso da propriedade, como ainda pelas restrições em benefício do bem comum. Não pode também o *abutere* traduzir-se por *destruir*, porque nem sempre é lícito ao *dominus* fazê-lo, mas somente em dadas circunstâncias. Ao revés, a ordem pública opõe-se a que o titular do direito intente destruir a coisa, prejudicando terceiros, ou atentando contra a riqueza geral. No Direito Romano, mais adequadamente o *abusus* prendia-se à idéia de consumo, e *abutere* à de *consumir*. Bem andou, pois, a terminologia moderna, no plano doutrinário como no legislativo, pondo a idéia de *disposição* como sucedânea do *abutere*, e desta maneira fornecendo a noção de um poder amplo, não seguido de implicações anti-sociais. (PEREIRA, 2009, p. 78/79).

Nota-se ainda que existe outro elemento constitutivo, ou seja, a faculdade de reivindicar para si a coisa de quem a possua ou detenha injustamente.

A faculdade de reivindicar é prerrogativa do proprietário de excluir a ingerência alheia injusta sobre coisa sua. É o poder do proprietário de buscar a coisa em mãos alheias, para que possa usar, fruir e dispor, desde que o possuidor ou detentor a conserve sem causa jurídica. É efeito dos princípios do absolutismo e da seqüela, que marcam os direitos reais. (LOUREIRO e LOUREIRO FILHO, 2007, p. 1044).

Verifica-se a gama de direitos e deveres que tem o proprietário em relação a propriedade, em que pese ser sua na totalidade, ainda assim necessita seguir algumas normas de finalidade social.

### 2.2.3 Função Social

O direito de propriedade é assegurado pela Constituição Federal, bem como de tal direito deflui o dever de atendimento à sua função social.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXII - é garantido o direito de propriedade; XXIII - a propriedade atenderá a sua função social. (BRASIL, 1988).

Associado ao direito de propriedade vem a função social desta, ou seja, não basta apenas o proprietário utilizar seu imóvel como bem o quiser, pois além de usufruir, deve atender a função social do qual é imposta à todas as propriedades.

DUGUIT é considerado o precursor da idéia de que os direitos só se justificam pela missão social para a qual devem contribuir e, portanto, que o proprietário deve comportar-se e ser considerado, quanto à gestão dos seus bens, como um funcionário. Para o mencionado autor, “a propriedade deixou de ser o direito subjetivo do indivíduo e tende a se tornar a *função social* do detentor de uma riqueza a obrigação de empregá-la para o crescimento da riqueza social e para a interdependência social. Só o proprietário pode executar uma certa tarefa social. Só ele pode aumentar a riqueza geral utilizando a sua própria; a propriedade não é, de modo algum, um direito intangível e sagrado, mas um direito em contínua mudança que se deve modelar sobre as necessidades sociais às quais deve responder”. (GONÇALVES, 2009, p. 222/223).

Cada vez mais a propriedade ia perdendo o seu caráter individualista, ou seja, o direito ilimitado do proprietário vai estreitando-se em relação ao direito coletivo.

De modo geral, vai preponderando, cada vez mais, a finalidade social da propriedade, que se sobrepõe ao direito incondicional e ilimitado (...). Exige-se que, vivendo o homem em sociedade, seus interesses devem conciliar-se com os direitos superiores do Estado, ao qual cumpre a salvaguarda dos interesses gerais. (RIZZARDO, 2004, p. 178/179).

Indo de encontro ao que acontecia com o direito de propriedade na era romana, atualmente a propriedade tem que atender não só a proprietários, mas à coletividade.

Pode-se concluir pela necessidade de abandonar a concepção romana da propriedade para compatibilizá-la com as finalidades sociais da sociedade contemporânea, adotando-se, como preconiza André Piettre, uma concepção finalista, a cuja luz se definam as funções sociais desse direito. No mundo moderno, o direito individual sobre as coisas impõe deveres em proveito da sociedade e até mesmo do interesse dos não-proprietários. (GOMES, 2004, p. 129).

O Código Civil define que o proprietário tem poderes sobre sua propriedade, todavia não são plenos, pois pode perdê-la para um terceiro ou até mesmo para o estado, caso este requeira, ou ainda para almejar a função social não alcançada pelo proprietário.

Art. 1.228. 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.  
§ 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. § 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem. § 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente. (BRASIL, 2002).

Vislumbra-se, nas atuais concepções do código civil, que os direitos os quais o proprietário tem, limitam-se aos interesses gerais, ou seja, não basta ter o bem, este deve estar atingindo sua finalidade social.

Assim, se uma determinada quantidade de pessoas se estabeleceu em certa área, lá erguendo suas moradias, e não se lhe proporcionando qualquer outra oportunidade para fixar a residência, é de direito que se proclame a função social da propriedade. (RIZZARDO, 2004, p. 179).

Deve ser entendido que além dos bens imóveis atenderem a função social da propriedade, estes devem alcançar também tal prerrogativa em consonância com aqueles. “A propriedade deve ser entendida como função social tanto em relação aos bens imóveis como em relação aos bens móveis.” (GOMES, 2004, p. 129).

A função social da propriedade tem conceito muito amplo, o qual abrange e justifica quaisquer restrições aos direitos dos proprietários. No entanto, a eles é assegurado o direito da propriedade, desde que em conformidade com as exigências legais.

A Constituição Federal, como já se viu, garante o direito de propriedade. Contudo, em seguida, impõe a subordinação da propriedade à sua função social, expressão de conteúdo vago, mas que, genericamente, pode ser interpretada como a subordinação do direito individual ao interesse coletivo. (MONTEIRO, 2009, p. 96).

Pode ser definida a função social não apenas como meio de assegurar que a coletividade seja beneficiada com o uso de tal propriedade em detrimento do individual, mas também como restrições aos direitos individuais.

A função social da propriedade é conceito jurídico bastante largo, em que se abriga, a rigor, a justificativa para toda e qualquer restrição aos direitos dos proprietários, exceto os destinados a privilegiar os interesses privados de outros proprietários. Em vista de tal amplitude, limitações ditadas pelo zoneamento, tombamento, proteção ao patrimônio histórico e cultural, legislação sobre níveis de ruídos e tantas outras (...). (COELHO, 2006, p. 70).

Não somente a Constituição Federal, mas também o Código Civil discorre sobre o tema. Dentro do direito administrativo também há referências ao tema, porém por não ser o objetivo deste estudo, não aprofundaremos a pesquisa nessa área.

O *direito Privado* tutela predominantemente os interesses individuais, de modo a assegurar a coexistência das pessoas em sociedade e a função de seus bens, quer nas relações de indivíduo a indivíduo, quer nas relações do indivíduo com o estado. (MEIRELLES, 2010, p. 38).

O direito de propriedade que era caracterizado por ser absoluto e ilimitado, com o advento do Código Civil, passou a ter caráter momentâneo, ou seja, se o proprietário não fizer

uma destinação de sua propriedade, sendo que esta destinação não atenda a certos requisitos legais, poderá perdê-la, pois há restrição de cunho social.

Art. 1.228. (...) § 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante. (BRASIL, 2002).

A título de exemplificação, tem-se uma área urbana de aproximadamente duzentos e cinquenta metros quadrados, sendo que o proprietário tem mais de um terreno e deixa esta área abandonada. Um terceiro que não possua nenhum imóvel em seu nome pode, então, apropriar-se deste, fazendo desta área, sua moradia, ou seja, dando-lhe uma destinação social. Ocorrendo isso por cinco anos ininterruptos o terceiro adquire o domínio deste. Logo, a área até então abandonada pelo proprietário ganha uma nova destinação dada pelo governo, pois esta passou a atender a função social.

Em suma, a função social da propriedade esta amparada na Constituição Federal como uma das garantias fundamentais, tanto para o proprietário, quanto para o terceiro, obrigando, assim, o exercício da função social por uma das duas partes citadas.

## 2.2.4 Aquisição da Propriedade Imóvel

Cada sistema tem seus princípios relativos à aquisição da propriedade, sendo que ela possibilita ao indivíduo uma rede ampla de poderes, assegurados tanto pela Constituição Federal, quanto pelo Código Civil, Direito Processual Penal, Direito Administrativo, enfim por variadas áreas.

Cada sistema jurídico tem os seus princípios específicos relativamente à *aquisição da propriedade*, que se pode entender como a personalização do direito num titular. Com efeito, a propriedade é o direito subjetivo padrão, dado que confere ao sujeito toda uma gama de poderes, e encontra na ordem jurídica toda sorte de proteções: a Constituição Federal o assegura, O Direito Civil o desenvolve, O direito Processual oferece as ações defensivas, o Direito Penal pune os atentados contra a propriedade, o Direito Administrativo disciplina vários de seus aspectos. Cumpre então verifica por que meios a propriedade, como direito, adere ao proprietário como sujeito, e minudenciar as causas ou os fatos jurídicos hábeis a gerar para alguém a titularidade do direito. (PEREIRA, 2009, p. 97).

Independentemente da modalidade de aquisição da propriedade, faz-se presente três pressupostos: pessoa, coisa e modo.

Pode ser titular do direito de propriedade toda pessoa, assim natural, como jurídica; entre estas, tanto as de Direito Público, como as de Direito Privado. O poder sobre



as coisas é tão necessário à vida social que o mais miserável dos entes sempre tem propriedade sobre alguma coisa. (GOMES, 2004, p. 111).

A capacidade de um indivíduo de obter direito de propriedade é diferente da capacidade de adquirir uma propriedade.

A aquisição pressupõe um *título*, cuja obtenção requer capacidade de fato, que varia conforme a natureza jurídico que lhe serve de causa. Diversas restrições levantam-se não só quanto à própria faculdade de adquirir, mas, também quanto à espécie do fato jurídico que fundamenta o modo de aquisição. Certas pessoas não podem adquirir bens de outras. A propriedade de determinados bens é defesa a certas pessoas. (GOMES, 2004, p. 111).

A coisa ou o objeto da propriedade tem de ser um determinado objeto, mas este traz consigo ou pode trazer algum acessório.

O objeto de propriedade há de ser coisa *especificadamente determinada*. Não há propriedade de um *patrimônio* considerado em sua unidade. Nas *universalidades de fato*, a propriedade recai em casa um dos bens que as compõem. Há, portanto, tantos direitos de propriedade quantos os bens. O direito de propriedade, apesar do princípio de *individualização do objeto*, compreende as coisas que lhe são aderentes ou vinculadas. Prevalece o princípio da *acessoriedade*, pelo qual se presume que pertencem ao proprietário da coisa principal as partes integrantes, frutos e benfeitorias. (GOMES, 2004, p.112/113).

Quanto à modalidade de aquisição ou ao modo, a propriedade pode ser adquirida de forma plena e restrita. Cita o Código Civil, que a propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário.

A propriedade é *plena* quando todos os direitos elementares que a formam se acham reunidos na pessoa do proprietário. *Restrita ou limitada* quando algum ou vários desses direitos elementares estão destacados e atribuídos a outrem. Por esse processo, formam-se os direitos reais na coisa alheia. Se a coisa está gravada com usufruto, por exemplo, seu proprietário tem *domínio restrito*, porquanto os direitos de uso e gozo passam ao usufrutuário. (GOMES, 2004, p. 114).

Ainda neste ponto, tem-se como modalidade de aquisição a propriedade perpétua e a resolúvel. Segundo o Código Civil, propriedade perpétua é aquela que tem duração ilimitada, já a resolúvel é aquela que tem que atender alguma cláusula imposta.

A *perpetuidade* é um dos caracteres do direito de propriedade. (...) Normalmente, a propriedade tem duração ilimitada. É *perpétua*. Por exceção, admite-se propriedade *revogável* que se configura quando, no próprio título de sua constituição, por sua própria natureza ou pela vontade do agente ou das partes, se contém *condição resolutiva*. (...) Não são casos de *propriedade resolúvel* aqueles nos quais a revogação se funda em causa superveniente à aquisição. (GOMES, 2004, p. 114).

Em relação ao objeto de aquisição, este pode ser adquirido a título singular, ou a título universal.

Quanto ao objeto, diz-se que a aquisição é a *título singular* quando tem por objeto bens individualizados, particularizados. Verifica-se, ordinariamente, por negócios *inter vivos*. Dá-se a aquisição a *título universal* quando a transmissão da propriedade recai num patrimônio. O único modo de aquisição por essa forma admitido pelo nosso direito é a *sucessão hereditária*. Nessa espécie “o adquirente sucede em todos os direitos reais e processuais do transmitente, e nas obrigações dele para com terceiros, visto que o sucessor continua a pessoa de quem o adquirente recebe a coisa; na aquisição a *título singular*, o adquirente sucede nos direitos, mas não se

torna responsável pelas obrigações pessoais contraídas pelo alienante”. (GONÇALVES, 2009, p. 234).

Os meios de aquisição de propriedade classificam-se por diversos critérios, entre eles o de distinção fundamental que é entre bens móveis e bens imóveis, tendo em vista que muitos critérios são comuns a ambos.

A propriedade das coisas *imóveis* adquire-se por transcrição, sucessão, usucapião e acessão; a propriedade das coisas *móveis*, por tradição, sucessão, usucapião, ocupação e diversas formas consideradas, por alguns, espécies de acessão: especificação, comistão, confusão e adjunção. É de grande importância prática a distinção entre os modos de adquirir os bens móveis e imóveis. Basta atentar à circunstância de que os bens *imóveis* se adquirem ordinariamente *inter vivos* pela *transcrição* do título em registro público apropriado, enquanto os bens *móveis* se adquirem por simples tradição. A lei cerca de maiores garantias a circulação da riqueza imobiliária, exigindo solenidades para a transmissão da propriedade dos bens imóveis, que se estende até ao próprio *título*. Assim é que a alienação de tais bens deve obedecer necessariamente à forma da *escritura pública*. (GOMES, 2004, p. 160).

Tem como modo de aquisição o originário que é quando o domínio inicia-se pela primeira vez. Já o modo de aquisição derivado é transferido com as mesmas características que já possuía o patrimônio.

A distinção entre *modos originários* e *derivados* funda-se na existência ou inexistência da relação entre precedente e conseqüente sujeito de direito. Sempre que há, o modo é *derivado*. Caso contrário, *originário*. (...) A importância da distinção reside nos efeitos que se produzem conforme o modo de aquisição seja originário ou derivado. Se a propriedade é adquirida por *modo originário*, incorpora-se ao patrimônio do adquirente em toda a sua plenitude, tal como a estabelece a vontade do adquirente. Se por modo *derivado*, transfere-se com os mesmos atributos, restrições e qualidades que possuía no patrimônio dos transmitente(...). É que a aquisição derivada se condiciona à do predecessor, adquirindo o novo proprietário o direito que tinha e lhe transmitiu o antigo proprietário (GOMES, 2004, p. 161).

Visto os requisitos e os modos de aquisição, verifica-se em torno da propriedade, uma série de proteção, direitos e deveres do adquirente e transmitente.

#### 2.2.4.1 Aquisição pelo Registro do Título

Com o advento da Lei de Registros Públicos, caracterizou-se o princípio da publicidade, ou seja, com ela possibilitou tornar visível a todos os interessados o histórico da propriedade.

A possibilidade de que todos conheçam os assentamentos imobiliários é efeito desejável do registro, mas não é o único. Escreve Lafayette: “A deslocação do domínio de uma pessoa para outra carece de uma manifestação visível, de um sinal exterior, que ateste e afirme aquele ato diante da sociedade. Exige-o a natureza do domínio. Direito absoluto (*erga omnes*), o domínio abriga a todos, pode ser oposto a

todos; importa, pois, que todos conheçam as suas evoluções. Essa publicidade, ainda mais energicamente, reclama a segurança dos interesses ligados à propriedade; é ela necessária para prevenir as fraudes que a má-fé de uns, protegida pela clandestinidade, pudera preparar em prejuízo da boa-fé de outros”. (CENEVIVA, 2009, p. 364).

O registro tem como objetivo transformar o título, em direito real, ou seja, até o registro público o adquirente é apenas credor do alienante, assim especifica o Código Civil.

Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis. § 1º Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel. § 2º Enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel. (BRASIL, 2002).

A publicidade, como a base para que tal registro ocorra, é de fundamental importância, pois com ela pretende-se que todos conheçam sobre os registros imobiliários.

A possibilidade de que todos conheçam os assentamentos imobiliários é efeito desejável do registro, mas não é o único. Escreve Lafayette: “A deslocação do domínio de uma pessoa para outra carece de uma manifestação visível, de um sinal exterior, que ateste e afirme aquele ato diante da sociedade. Exige-o a natureza do domínio. Direito absoluto (*erga omnes*), o domínio abriga a todos, pode ser posto a todos; importa, pois, que todos conheçam as suas evoluções. Essa publicidade, ainda mais energicamente, reclama a segurança dos interesses ligados à propriedade; é ela necessária para prevenir as fraudes que a má-fé de uns, protegida pela clandestinidade, pudera preparar em prejuízo da boa-fé de outros”. (CENEVIVA, 2009, p.167).

Com a efetivação do registro, tendo este como finalidade mostrar nos papéis do cartório, as verdades sobre as relações ocorridas na sociedade, e conseqüentemente nos negócios jurídicos.

O registro nada tem com a posse, nem com a tradição. Serve, como um dos expedientes, ao *princípio da publicidade*, que é relevante em direito das coisas. O que se quer, com o registro, é que ele traduza, nos papéis ou livros do cartório, a verdade sobre as relações jurídicas, lá fora. (...) Registro de Imóveis é o ofício público, em que se dá publicidade e atos de transmissão dos bens imóveis e aos direitos reais sobre imóveis ou a negócios jurídicos que a eles interessem. (MIRANDA, 2001, p. 247/249).

Percebe-se que não basta o simples acordo de vontades entre as partes, é necessário que o imóvel esteja devidamente matriculado em nome do alienante, caso assim esteja, pode ser realizado tal registro em favor do adquirente.

Se o imóvel não se acha registrado em nome do alienante, não se pode ser desde logo registrado em nome do adquirente. Cumpre, nesta conjuntura, providenciar primeiro o registro em nome daquele, para, em seguida, efetuar o deste. O registro anterior é imprescindível, ainda que se trate de carta de arrematação, cujo registro se pleiteia. (MONTEIRO, 2009, p. 107).

Com o registro, torna-se pública a propriedade, porém há bens que caso não ultrapassem o valor de trinta salários mínimos não precisará ser registrado em escritura pública e sim por instrumento particular, porém ambos terão de ser levados para o registro, para que assim produza seus devidos efeitos.

Se adquirir um imóvel, celebrarei com o proprietário dele um contrato de compra e venda. Esse contrato terá obrigatoriamente a forma de escritura pública, quando o valor do bem ultrapassar 30 salários mínimos (...), e poderá ter a de instrumento particular, se valer menos. A outorga da escritura ou assinatura do documento privado não é suficiente para a transmissão da propriedade. Nem sequer a complexa execução do contrato, com o pagamento do preço avençado e entrega da posse, bastará para que adquira a propriedade do bem. Apenas o registro do título de transmissão no Registro de Imóveis opera a transferência do bem do patrimônio do alienante para o adquirente. (...) Enquanto não for providenciado o registro, o alienante continuará sendo o dono do imóvel. (COELHO, 2006, p. 89).

A efetivação do registro do título translativo é o que se faz adquirir a propriedade imobiliária pela transcrição.

O registro processa-se do seguinte modo: depois de protocolado o título translativo e estando o imóvel matriculado, procede-se ao registro nos 30 dias seguintes à *prenotação*, assentando, no livro 2, o oficial: a data, o nome, domicílio e nacionalidade do transmitente e do adquirente, o título da transmissão, sua forma, procedência e caracterização e o valor do contrato. (GOMES, 2004, p.170).

É de suma importância o registro imobiliário, mas há de se perceber que o ato, como qualquer outro realizado pelo ser humano, é passível de erro, e este pode estar em desacordo com a realidade.

A importância do registro imobiliário é considerável. Mas não se pode descartar que ele, como qualquer outro ato humano, pode estar equivocado. Qualquer que seja a causa – fraude ou lapso acidental - , pode ocorrer de o constante dos assentamentos do Registro de Imóveis não corresponder à verdade. Quando for esse o caso, o prejudicado pode reclamar a retificação (pelo próprio cartório) ou anulação (em juízo), dependendo das circunstâncias. (COELHO, 2006, p. 90).

Nota-se que durante os trâmites da ação de invalidação do registro e enquanto o seu cancelamento não procede, o proprietário do bem será aquele que possuir a matrícula apontando com titular da propriedade.

O registro pode ser cancelado. O *cancelamento* se faz por *decisão judicial* ou por documento hábil. Antes de feito, produz todos os efeitos legais, ainda que por outra maneira se prove que o título está desfeito, anulado, extinto ou rescindido. Já *matrícula* cancela-se em razão de alienações parciais do imóvel e por aglutinação de imóveis contíguos pertencentes ao mesmo dono. (GOMES, 2004, p. 171/172).

Visando possibilitar a todos que conheçam os assentamentos imobiliários, a Lei de Registros Públicos trouxe a mostra um meio de manter o histórico do bem, com todos os seus registros e averbações anteriores.

Com a introdução da *matrícula* em nosso registro, que no diploma anterior levava em conta a pessoa titular de direito. Uma vez aberta a matrícula do imóvel, todas as modificações e vicissitudes sofridas por ele são registradas ou averbadas nela. O destaque à matrícula é feito no art. 167 da lei específica. (VENOSA, 2009, p. 184).

Há suposição determinada pelo registro em favor da pessoa em cujo nome a propriedade foi registrada, porém esta pode ser destituída. Então, faz-se necessário que se tenha boa-fé no ato jurídico para que se convalide o registro.

#### 2.2.4.2 Aquisição por Acesso

Acessão é definida como o aumento da coisa, que faz parte do objeto de propriedade, aumento este que pode ser no valor da coisa, ou no volume. Pode também este aumento ser de origem interna ou externa.

A palavra *acessão* é empregada em sentidos diversos. Na acepção lata, significa o aumento da coisa que constitui objeto de propriedade, seja por produção, seja por união, sem alteração no direito do proprietário. Esse aumento tanto pode se dar no *volume* como no valor do *bem*. Deve-se a *forças internas* da própria coisa ou *forças externas*. No primeiro caso, verifica-se por *produção*; no segundo, por *união*. Quando o aumento se produz em virtude das próprias forças internas da coisa, ocorre a *acessão*, que se denomina *discreta*. Quando provém de forças externas chama-se *acessão contínua*. A primeira forma, que se manifesta na produção de frutos, é definida como uma das faculdades inerentes ao domínio, aquela que consiste exatamente no poder de *fruir*. A segunda é considerada um dos *modos de aquisição da propriedade*. (GOMES, 2004, p. 173).

Insta salientar que *acessão* é, em resumo, aquilo que acresce a coisa, e pode-se dar de seis formas: pela formação de ilhas, por aluvião, por avulsão, por abandono de álveo, por plantações ou construções.

#### 2.2.4.3 Acessão por Formação de Ilhas

As ilhas são porções de terras que podem aparecer nos mares, nos rios. Logo, este novo patrimônio será dividido de acordo com a parte frontal do terreno, ou seja, a testada, em proporção ao tamanho que cada proprietário possui.

Formadas em águas comuns ou particulares, são do domínio particular. Mas, nesse caso, a própria natureza se incumbe de indicar os proprietários beneficiados, que serão os ribeirinhos, na proporção de suas testadas, tendo como ponto de referência uma linha imaginária que passe pelo meio da corrente. Cada proprietário recebe a porção surgida de seu lado. Se dois ou mais proprietários da mesma margem, a quota de cada um será determinada mediante perpendiculares tiradas do ponto final da divisa, na margem, até alcançar a linha mediana. (...) Se o rio vem a lançar novo braço, dando origem a uma ilha, o respectivo proprietário será aquele a cujas expensas ela se constituiu. Se o rio for público, a ilha formada pelo desdobramento do novo braço poderá entrar para o domínio público mediante prévia indenização ao proprietário que sofreu o desfalque. (MONTEIRO, 2009, p. 116).

Em suma, as regras, aplicáveis à aquisição por formação de ilhas, somente são destinadas aos rios não navegáveis, pois os navegáveis são pertencentes ao domínio público.

#### 2.2.4.4 Acesso por Formação de Aluvião

Acessão por formação de aluvião é vislumbrada quando tão demoradamente é acrescido às terras novas porções, sendo que esses acréscimos serão dos proprietários dos terrenos marginais ao rio.

Art. 1.250. Os acréscimos formados, sucessiva e imperceptivelmente, por depósitos e aterros naturais ao longo das margens das correntes, ou pelo desvio das águas destas, pertencem aos donos dos terrenos marginais, sem indenização. Parágrafo único. O terreno aluvial, que se formar em frente de prédios de proprietários diferentes, dividir-se-á entre eles, na proporção da testada de cada um sobre antiga margem. (BRASIL, 2002).

O beneficiado não está obrigado a indenizar o prejudicado. Nenhum particular, no entanto, pode fazer obra ou trabalho com o intuito de fazer aparecer o terreno aluvial em seu benefício, de modo que, aluvião é obra da natureza, sem intervenção humana.

Não há aquisição da propriedade determinada pela redução do volume das águas, nem perda da propriedade decorrente do aumento do volume das águas, quando tais fenômenos forem cíclicos e vinculados ao clima ou estações do ano.

#### 2.2.4.5 Acesso por Avulsão

Verifica-se avulsão quando, por força natural violenta da corrente de água arranca uma parte considerável e reconhecível de um prédio anexando-o sobre outro prédio.

Art. 1.251. Quando, por força natural violenta, uma porção de terras se destacar de um prédio e se juntar a outro, o dono deste adquirirá a propriedade do acréscimo, se indenizar o dono do primeiro ou, sem indenização, se, em um ano, ninguém houver reclamado. Parágrafo único. Recusando-se ao pagamento de indenização, o dono do prédio a que se juntou a porção de terra deverá aquiescer a que se remova a parte acrescida. (BRASIL, 2002).

Ao proprietário do prédio desfalcado, resta apenas pleitear indenização no prazo decadencial de um ano, e somente com a recusa do beneficiado surge a prerrogativa de pedir a remoção da porção acrescida, voltando os prédios a situação anterior.

Se após o decurso do prazo decadencial de um ano, o prejudicado não se manifestar, a porção se incorpora definitivamente no prédio acrescido.

#### 2.2.4.6 Aquisição por Álveo Abandonado

O álveo é definido como o lugar onde as águas correm, isso entre as duas margens, podendo ser tanto o leito, canal ou conduto de águas.

Art. 1.252. O álveo abandonado de corrente pertence aos proprietários ribeirinhos das duas margens, sem que tenham indenização dos donos dos terrenos por onde as águas abrirem novo curso, entendendo-se que os prédios marginais se estendem até o meio do álveo. (BRASIL, 2002).

Mesmo sendo álveo abandonado, de rio público ou particular, será pertencente aos proprietários ribeirinhos de duas margens, na proporção de suas respectivas testadas, até a linha mediana daquele.

#### 2.2.4.7 Aquisição por Construções e Plantações

Esta subseção em tela vem a tratar sobre a acessão de móvel a imóvel, englobando acréscimos naturais ou decorrentes de obra humana. Presumindo-se feita pelo proprietário, no entanto admite prova em contrário. “Art. 1.253. Toda construção ou plantação existente em um terreno presume-se feita pelo proprietário e à sua custa, até que se prove o contrário”. (BRASIL, 2002).

Aquele que semeia, planta ou edifica em terreno próprio com materiais alheios, se o fizer de boa-fé ficará obrigado a pagar apenas o valor dos materiais empregados ao seu respectivo dono. Porém, se agiu de má-fé, além de tais valores, responderá por perdas e danos.

Art. 1.254. Aquele que semeia, planta ou edifica em terreno próprio com sementes, plantas ou materiais alheios, adquire a propriedade destes; mas fica obrigado a pagar-lhes o valor, além de responder por perdas e danos, se agiu de má-fé. (BRASIL, 2002).

No entanto, aquele que semeia, planta ou edifica em terreno alheio, perde em proveito do proprietário do solo. Caso tenha agido de boa-fé terá direito a indenização, mas se obrou de má-fé, não terá direito algum, além de que poderá ser obrigado a repor as coisas no estado anterior, bem como pagar pelos prejuízos.

Art. 1.255. Aquele que semeia, planta ou edifica em terreno alheio perde, em proveito do proprietário, as sementes, plantas e construções; se procedeu de boa-fé, terá direito a indenização. Parágrafo único. Se a construção ou a plantação exceder consideravelmente o valor do terreno, aquele que, de boa-fé, plantou ou edificou,

adquirirá a propriedade do solo, mediante pagamento de indenização fixada judicialmente, se não houver acordo. (BRASIL, 2002).

O fator de importante relevância presente neste tipo de aquisição, como se verificou, foi a presença ou não da boa-fé. Pois é através dela que se fixarão os direitos dos terceiros sobre terrenos ou plantações alheias.

### 2.2.5 Aquisição por Usucapião

A usucapião é a modalidade de aquisição de propriedade pela continuidade da posse, ou seja, beneficia-se aquele que utiliza o bem em relação aquele que abandonou. Assim, caracteriza-se o sentido social da propriedade em evidência.

O presente Código assume uma nova perspectiva com relação à propriedade, ou seja, seu sentido social. Como o usucapião é o instrumento originário mais eficaz para atribuir moradia ou dinamizar a utilização da terra, há um novo enfoque no instituto. Alie-se a isso a orientação da Constituição de 1988, que realça o instituto e alberga modalidades mais singelas do instituto. Desse modo, a idéia básica no presente diploma é no sentido de que as modalidades de usucapião situam-se no tempo do período aquisitivo, mais ou menos longo. (VENOSA, 2009, p. 210).

Podem os possuidores utilizar dos períodos de posse de seus antecessores para complementar o seu, no entanto essas devem ser pacíficas e ininterruptas, e em alguns casos deve haver também o justo título e a boa-fé.

#### 2.2.5.1 Usucapião Extraordinário

Com a simples posse, pode-se adquirir a propriedade urbana pelo decurso de quinze anos de posse, e cairá para dez anos se a família tiver realizado melhorias no local, nesse caso, será posse qualificada.

Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo. (BRASIL, 2002).



Em decorrência disso, esta modalidade de aquisição não tem limitações de áreas, nem limitações de ações, ou seja, pode-se ingressar com quantas ações quiser e pleitear quaisquer áreas.

#### 2.2.5.2 Usucapião Especial Rural

Por esse prisma, verifica-se a modalidade de aquisição de propriedade rural, como sendo esta limitada a uma área de cinquenta hectares, impondo também que o imóvel atinja a função social da propriedade, como orienta a Constituição Federal e seguida pelo Código Civil.

Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade. (BRASIL, 1988).

Art. 1.239. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade. (BRASIL, 2002).

Com a usucapião rural só se pode adquirir a propriedade uma única vez, pode ser coletivo, sendo que com a sentença de aquisição já nasce a propriedade em condomínio.

#### 2.2.5.3 Usucapião Especial Urbano

Pode adquirir pela forma da usucapião, aquele que possuir como seu um imóvel com área inferior a duzentos e cinquenta metros quadrados, por mais de cinco anos e sem oposição, e que atinja ainda a função social. O que também é regulado pela Constituição Federal e seguido pelo Código Civil.

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º - O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º - Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez. (BRASIL, 1988).

Art. 1.240. Aquele que possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º O direito previsto no parágrafo antecedente não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez. (BRASIL, 2002).

Pode surgir também a usucapião especial urbano coletivo, desde que, a área seja utilizada por mais de cinco anos, de maneira mansa, pacífica e ininterrupta pela coletividade, e que seja superior a duzentos e cinquenta metros quadrados a área pretendida.

#### 2.2.5.4 Usucapião Ordinário

Será posse simples aquele que possuir a propriedade, de modo pacífico e ininterrupto, com justo título por dez anos. Justo título pode ser definido como documento aparentemente hábil para transferir a propriedade imóvel. De acordo com o Código Civil, em seu, Art. 1.242. “Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos.” (BRASIL, 2002).

No entanto, será posse qualificada caso a propriedade seja adquirida onerosamente, com registro em cartório, e logo após cancelada, no prazo de cinco anos antes do cancelamento, tem que caracterizar tal domínio.

Art. 1.242. (...) Parágrafo único. Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico. (BRASIL, 2002).

Se mesmo após o cancelamento do título, a posse for mantida de maneira mansa, pacífica e ininterrupta, não poderá mais o proprietário destituir a posse de usucapião.

### 3 POSSE

#### 3.1 CONCEITO

Em que pese terem várias teorias, duas tem notório destaque sobre a posse e suas características.

Na explicação de seu conceito surgiram numerosas teorias, que, entretanto, se reduzem a dois grupos: as teorias subjetivas e as teorias objetivas. À frente das primeiras se acha SAVIGNY, enquanto das segundas se coloca JHERING, os dois grandes gênios realizadores de toda a doutrina possessória. (MONTEIRO, 2009, p. 16).

A teoria defendida por Savigny como cita Monteiro define como o poder físico que a pessoa tem de dispor de um bem, com o intuito de tê-lo para si, ou defendê-lo de outrem.

Para SAVIGNY, posse é o poder que tem a pessoa de dispor fisicamente de uma coisa, com intenção de tê-la para si e de defendê-la contra a intervenção de outrem. São dois, portanto, no seu entender, os elementos constitutivos da posse: o poder físico sobre a coisa, o fato material de ter esta à sua disposição, numa palavra, a detenção da coisa (*corpus*) e a intenção de tê-la como sua, a intenção de exercer sobre ela o direito de propriedade (*animus*). O primeiro designa o fato exterior, em posição ao segundo, o fato interior. Não basta a simples detenção. Torna-se preciso seja ela internacional. Para ser possuidor não basta deter a coisa, requer-se ainda vontade de detê-la, *animus domini* ou *animus REM sibi habendi*, isto é, como proprietário ou com a vontade de possuí-la para si.(...) (MONTEIRO, 2009, p. 16/17).

De acordo com esta teoria, não eram vistos como possuidores, aqueles que detêm a coisa, seja em nome próprio, ou em alheio.

Não se admite sejam possuidores os que detêm a coisa *animo nomine alieno*, tenham-na no interesse próprio ou no alheio. Contudo, a condição de possuidor era reconhecida aos que exerciam poder físico sobre a coisa com *animus rem sibi habendi*, como era o caso de certos titulares de direito real sobre a coisa alheia. É que o *animus domini* não se confunde com o *opinio domini*, bastando, para aquele, que o possuidor tenha a vontade de agir como e à maneira de proprietário, o que se pode dar em relação a coisa alheia, enquanto, para esta, necessário é que o possuidor seja realmente proprietário. (GOMES, 2004, p. 33).

Para Savigny, assim define Gomes, não bastava apenas ter a posse, era necessário além da posse, a vontade de tê-la como sua, desse elemento, então, é que surge sua classificação como teoria 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. Ao exigir o *animus domini* como requisito indispensável à figuração da posse, a doutrina subjetiva considera simples detentores o locatário, o comodatário, o depositário, o mandatário e tantos outros que, por títulos análogos, têm poder físico sobre determinadas coisas. Não comporta, rigorosamente, o

desdobramento da relação possessória, visto que não se admite a posse por outrem. Muitas dificuldades de ordem prática se dissipam, todavia, diante da presunção estabelecida em lei pela qual o possuidor é tido como proprietário, se possui esse título. (GOMES, 2004, p. 33).

A teoria subjetiva fundava-se no quesito vontade de ter a coisa para si, e não somente em tê-la.

Já a teoria defendida por Jhering (1976) defende que não é necessária a intenção subjetiva, bastando somente a aparência externa de proprietário.

A proteção possessória é algumas vezes, concedida pelo direito romano em atenção à conservação da paz e da ordem pública, justificando-se, dessarte, que a conceda ao possuidor injusto e a recuse ao rendeiro ou locatário. Contra esse entendimento insurge-se Jhering, argumentando que essa conclusão não se harmoniza com o aspecto que reveste a proteção possessória no direito romano. A posse, para ele, é a propriedade em seu estado natural, a sua exteriorização, a sua visibilidade: foi instituída para facilitar a proteção da propriedade, de modo que o proprietário não tem necessidade de demonstrar o seu domínio sempre que vier a reclamar a coisa em poder de terceiro, sendo-lhe suficiente a prova da posse em face do que lhe arrebatou. (JHERING, 1976, p. 47).

Sua teoria funda-se apenas na aparência, ou seja, apenas na vontade de ser proprietário e como este agir.

O elemento psíquico, *animus*, na teoria objetivista de Jhering não se situa na intenção de dono, mas tão-somente na vontade de *proceder como procede habitualmente o proprietário – affectio tenendi* – independentemente de querer ser dono. Denomina-se objetiva a teoria, porque dispensa esta intenção. Para se caracterizar a posse, basta atentar no procedimento externo, independentemente de uma pesquisa de intenção. Partindo de que, normalmente, o proprietário é possuidor, Jhering entendeu que é possuidor quem procede com a aparência de dono, o que permite definir, como já se tem feito: *posse é a visibilidade do domínio*. (PEREIRA, 2009, p. 15).

Visto que a teoria de Savigny é criticada por Jhering, pois a primeira leva em consideração elementos irrelevantes em relação à segunda teoria.

JHERING dirige a SAVINGNY veemente crítica. A seu ver a distinção entre *corpus* e *animus* é irrelevante, pois a noção de *animus* já se encontra na de *corpus*, sendo a maneira como o proprietário age em face da coisa que é possuidor. Posse não significa apenas a detenção da coisa; ela se revela na maneira como o proprietário age em face da coisa, tendo em vista sua função econômica, pois o *animus* nada mais é que o propósito de servir-se da coisa como proprietário. (RODRIGUES, 2003, p. 18).

Protege-se a posse devido ao fato de que ela é a demonstração pública do domínio, pois o possuidor é tido como o proprietário, logo o Código Civil adota a teoria objetiva, a defendida por Jhering.

O Código Civil de 2002, em que certa medida promoveu a unificação legislativa dos Direitos Civil e Comercial, manteve-se fiel à doutrina objetivista. A posse, em nosso direito positivo, não exige, portanto, a intenção de dono, e nem reclama o poder físico sobre a coisa. É relação de fato entre a pessoa e a coisa, tendo em vista a utilização econômica desta. É a exteriorização da conduta de quem procede como normalmente age o dono. É a visibilidade do domínio. (PEREIRA, 2009, p. 17).

No entanto, faz-se ressalvas de que não se adotou completamente esta teoria em sua forma original, pois há presente também a teoria subjetiva.

O autor do projeto confessa a sua filiação doutrinária ao pensamento de Jhering e proclama a precedência de nossa legislação na consagração da teoria de Jhering. Mas, apesar desse autorizado depoimento, não é possível afirmar-se que o sistema objetivo foi adotado em toda a sua pureza original. Embora esse sistema não se concilie com a doutrina subjetiva, foram feitas a esta algumas concessões, de sorte que a fidelidade ao objetivismo não foi absoluta. (GOMES, 2004, p. 39).

A aparência é de fundamental relevância, devido ao fato de que é com base nela ao proteger a posse, que se protege o proprietário, pois a maioria é de fato os proprietários.

### 3.2 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

A teoria de Jhering sobre posse, a qual defende que o elemento constitutivo possui apenas o *corpus*, por tal motivo, esta corrente foi adotada pelo Código Civil.

O elemento *corpus* não é relevado como a coisa em si, mas como a união de fatores materiais que evidenciam a existência do controle sobre a coisa.

O *corpus* é a relação material do homem com a coisa, ou a exterioridade da propriedade. Esse estado, (...), é caracterizador da aparência e da proteção possessória. Nessa ligação material, sobreleva-se a função econômica da coisa para servir à pessoa. (VENOSA, 2009, p. 36).

A teoria de Savigny, como já tratada anteriormente, defende que a posse é composta de dois elementos que são o *animus* e o *corpus*, no entanto Jhering defende que apenas o *corpus* que é o elemento da posse.

Por outro lado, por vezes será impossível provar o *animus*, porque se trata de elemento subjetivo. Em razão disso, a teoria de Jhering é dita *objetiva*. Para ele, o conceito de *animus* não é nem a apreensão física, nem a possibilidade material de apreensão. O importante é fixar o destino econômico da coisa. O possuidor comporta-se como faria o proprietário. O *animus* está integrado no conceito de *corpus*. (VENOSA, 2009, p. 37).

Por este prisma, verifica-se que o elemento *animus* está intrínseco ao elemento *corpus*.

### 3.3 CLASSIFICAÇÃO

#### 3.3.1 Posse Direta e Indireta

A posse é classificada quanto ao seu domínio em direta ou indireta forma. A primeira é quando o indivíduo, que não é o proprietário, possui a posse. Já a segunda é a posse exercida pelo proprietário que não possui a posse em seu domínio.

Todas as vezes, portanto, que o direito ou a obrigação de possuir caiba a outra pessoa que não o proprietário, a posse se desdobra e se apresenta sob duas faces, sendo *direta* para o que detém materialmente a coisa, e *indireta* para o proprietário, para o que concedeu ao primeiro o direito de possuir. (MONTEIRO, 2009, p. 31).

Como exemplo de possuidor indireto tem-se o locador, pois este cedeu o uso de sua propriedade, em troca do aluguel, para o possuidor direto, ou seja, o locatário.

#### 3.3.2 Posse Justa e Injusta

O Código Civil no tocante a posse justa, define em seu artigo 1.200 que a posse é quando não for violenta, clandestina ou precária.

Posse justa é aquela cuja aquisição não repugna ao Direito. Para ter essa qualidade, o que importa é a forma da aquisição. Se foi adquirida por um dos modos admitidos na lei, a posse terá esse predicado. Justa é, por conseguinte, toda posse cuja aquisição for conforme o direito. Em termos mais concretos, a posse é justa quando isenta de vícios originais. Os vícios objetivos que maculam a posse são: a *violência*, a *clandestinidade* e a *precariedade*. (GOMES, 2004, p. 52/53).

No tocante a posse injusta, esta é verificada com a presença dos atos no qual a levaram a ser injusta, atos esses que podem ser como o uso da violência, ou pela clandestinidade do ato praticado e ainda por sua precariedade.

A posse injusta decorre de atos de violência, de clandestinidade ou de precariedade, praticados pelo possuidor. Há que entender-se como posse violenta a que se configura por atos de força física, v.g. invasão, ou de força psicológica, v.g. a chantagem; por posse clandestina, a que se origina de ato praticado às escondidas como, por exemplo, a mudança de uma certa divisória feita pelo proprietário confinante na calada da noite; por posse precária, a que tem fulcro no abuso de confiança, como sói acontecer no caso de negativa de devolução, por parte do comodatário, do imóvel recebido em comodato, após ter sido notificado pelo comodante para desocupá-lo, ato que concretiza a prática de esbulho por parte do comodatário. (LUZ, 2005, p. 24).

Toda a posse injusta é caracterizada por um abuso sobre a coisa alheia. No tocante ao meio empregado, para obter tal coisa, por si só configura ato injusto.

### 3.3.3 Posse de Boa-Fé e de Má-Fé

Pode ser ainda a posse classificada como de boa-fé, quando o possuidor tem certeza de que a coisa lhe pertence de direito, e não pode presumir se existe vício.

O conceito de *boa-fé* é fluido. Uns entendem que ela se resume na falta de consciência de que dado ato causará dano, e, desta sorte, imprimem-lhe um sentido negativo, equiparando-a à ausência de má-fé (...). Outros exigem um fatoramento positivo, e reclamam a convicção do procedimento leal. (PEREIRA, 2009, p. 23/24).

A posse de má-fé pode ser considerada a partir do momento em que o possuidor tem o conhecimento de algum vício ou obstáculo a impedir, e mesmo assim continua tendo a posse.

Haverá posse de má-fé quando “o possuidor está convencido de que sua posse não tem legitimidade jurídica, e nada obstante, nela se mantém” (PONTES, 1977, p. 70). Em matéria de posse não se configurará a posse de boa-fé quando a ignorância derivar de circunstâncias facilmente perceptíveis pelo comum dos homens. Também ali concluímos que, em determinadas circunstâncias, o erro (e também a ignorância) de direito, de lei não cogente, pode caracterizar posse de boa-fé, enquanto não alertado ou não ficar ciente o possuidor. (VENOSA, 2009, p. 67).

Dispõe sobre o tema de alegar o desconhecimento da lei para o seu não cumprimento, a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, no seu artigo 3º: “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”. Logo se o vício é conhecido, ou se é de fácil percepção, não pode o possuidor alegar que não o conhecia.

### 3.3.4 Posse Nova e Posse Velha

A posse nova é caracterizada por se aquela em que o possuidor está na posse da propriedade no período inferior a um ano e um dia. Já a posse velha é aquela em que o possuidor está na posse por mais de um ano e um dia.

Costuma-se distinguir a posse nova da posse velha. Diz-se que posse é nova quando a posse não tem ano e dia; velha é o contrario, tem mais de ano e dia. Esse intervalo de ano e dia é importante para consolidar a situação de fato ou a aparência relevante, eliminando a posse dos defeitos de violência e clandestinidade, (...). Desde que a posse tenha ano e dia, o esbulhador será mantido sumariamente na posse, como

possuidor, até que seja convencido pelos meios ordinários não ter a posse. (DOWER, 2004, p. 55).

Esse fato de que com o decurso do tempo o vício se extingue, no caso de violência, conta-se o prazo a partir da cessação da violência e a clandestinidade a partir do momento em que se torna pública, independentemente do saber do proprietário.

### 3.3.5 Compose

É caracterizada como o exercício de duas ou mais pessoas simultaneamente recaindo sobre um único bem, possuindo cada uma delas uma fração ideal sobre o todo e cada uma de suas partes, assim dita o Código Civil. “Art. 1.199. Se duas ou mais pessoas possuírem coisa indivisa, poderá cada uma exercer sobre ela atos possessórios, contanto que não excluam os dos outros compossuidores”. (BRASIL, 2002).

Independentemente do tamanho da fração, pode cada possuidor defendê-la em nome de todos os outros possuidores.

## 3.4 MODOS DE AQUISIÇÃO DA POSSE

Adquire-se a posse a partir do momento em que se torne possível para o possuidor o exercício em nome próprio alguns dos poderes inerentes à propriedade, como mostra o Código Civil. E ainda pode ser adquirida diretamente pelo possuidor, ou indiretamente convalidada posteriormente por este.

Art. 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. Art. 1.205. A posse pode ser adquirida: I - pela própria pessoa que a pretende ou por seu representante; II - por terceiro sem mandato, dependendo de ratificação. (BRASIL, 2002).

No tocante à ratificação, foi incorporada ao meio de aquisição da posse, devido ao fato de que em alguns casos pode a pessoa não estar disponível no momento, e assim enviá-lhe um representante para tal ato.



### 3.4.1 Aquisição em Função da Origem da Posse

Pode-se adquirir a posse de modo originário ou derivado. A título originário, existe a posse que não é fruto de um consentimento para a transmissão entre a posse anterior e a atual.

É originária, quando não há qualquer relação entre o antigo e o novo possuidor, como acontece, por exemplo, no caso da aquisição por ato unilateral. Se uma pessoa adquire a posse sob violência ou clandestinidade, será “originária” a sua posse, pois não houve nenhum consentimento entre o esbulhador e o esbulhado. Vale dizer, que não houve nenhuma relação entre o antigo e o novo possuidor. (DOWER, 2004, p. 64).

Tem-se ainda a posse a título derivado, ou seja, é aquela em que o antigo possuidor anui para o novo possuidor.

É *derivada* a posse quando decorre de transmissão da posse de um sujeito a outro. Há um ato ou negócio jurídico bilateral (compra e venda, depósito, comodato etc.) No caso de morte, (...), a aquisição derivada decorre da lei. Também é posse derivada da lei, por exemplo, a dos frutos que caem em meu terreno, provenientes de árvore do vizinho (...). Por ato entre vivos decorre da vontade das partes, como a tradição, a entrega da coisa, a deslocação. (VENOSA, 2009, p. 79).

É imprescindível a distinção entre o modo de aquisição, pois se adquirida de maneira originária, tem-se a posse sem nenhum vício, mesmo que tenha existido na posse anterior, visto que como se trata de uma nova posse, com provável novos vícios, mas sem os anteriores.

No entanto, se a aquisição se dá de forma derivada, todos os vícios que possuía a posse velha, vai possuir a nova.

### 3.4.2 Aquisição por Acessão de Posse

Pode-se adquirir a posse pela acessão, que por sua vez divide-se em sucessão e união. A primeira ocorre quando o novo possuidor substitui o anterior em todos os seus direitos e obrigações, assim alude o Código civil em seu art. 1.206: “A posse transmite-se aos herdeiros ou legatários do possuidor com os mesmos caracteres.” (BRASIL, 2002).

Já a segunda, acessão a título singular, é quando há transmissão de um bem determinado. Nessa é facultado ao atual possuidor unir a sua posse com a do anterior, diz o Código Civil. “Art. 1.207. O sucessor universal continua de direito a posse do seu antecessor;

e ao sucessor singular é facultado unir sua posse à do antecessor, para os efeitos legais”. (BRASIL, 2002).

Ocorre acessão, por exemplo, quando alguém compra algo. Entre o atual e o anterior possuidor deve existir uma relação jurídica.

### 3.4.3 Quem Pode Adquirir a Posse

Como um pré-requisito, é necessário para a pessoa poder adquirir a posse, que esta seja capaz. No entanto nada impede que o incapaz por meio de um representante, venha adquirir a posse.

A aquisição da posse pelo representante, ou procurador, exige concorrência das duas vontades – do representante e do representado. É preciso que o representante tenha o *animus* de adquirir a posse da coisa, ou do direito, para o representado, e que este tenha a intenção de possuir o que o outro detém. Para a aquisição da posse por terceiro sem procuração é indeclinável a ratificação porque, embora seja mais importante a intenção de quem apreende a coisa, não pode ser dispensada a vontade daquele em cujo proveito foi adquirida. (GOMES, 2004, p. 69).

Como no já citado no artigo 1.205 do Código Civil, posse pode ser adquirida por qualquer pessoa interessada, ou seja, por quem a pretende, por seu representante ou procurador, ou ainda por terceiro sem procuração.

## 3.5 MODOS DE PERDA DA POSSE

O possuidor conserva a posse até quando age como faria o real proprietário. Pode ocorrer a perda da posse com ou sem a vontade do possuidor, de modo que este tenha cessado seus poderes em relação à propriedade.

Art. 1.223. Perde-se a posse quando cessa, embora contra a vontade do possuidor, o poder sobre o bem, ao qual se refere o art. 1.196. Art. 1.224. Só se considera perdida a posse para quem não presenciou o esbulho, quando, tendo notícia dele, se abstém de retornar a coisa, ou, tentando recuperá-la, é violentamente repellido. (BRASIL, 2002).

Pode ocorrer a perda da posse em decorrência de furto, mas a lei assegura o direito de recuperação deste por quem os possuir.

### 3.5.1 Por Abandono

A perda da coisa se dá por abandono, que é o ato de o possuidor querer se desfazer da coisa, podendo tal ato ser voluntário, e mesmo afastado da coisa, se o sujeito tem a vontade de achar a coisa, este tem sua posse assegurada.

Quando o possuidor despoja-se da coisa, deixando de existir a intenção de mantê-la, ocorre o abandono (*derelictio*). Não basta para o abandono que o sujeito deixe de exercer continuamente atos de posse. (...). No abandono, o agente não mantém o desejo de dispor da coisa. É ato voluntário. É desinteresse do titular. Cumpre o sujeito seja capaz, pois o abandono equivale a ato de renúncia e que seja espontâneo, sem vício de vontade. (...) No abandono, existem ao mesmo tempo perda do *animus* e do *corpus*. Nem sempre será fácil ser apurada a perda do *animus*, se não houver vontade expressa do sujeito (...). Distingue-se da perda da coisa em que a posse não se extingue, em regra, enquanto o sujeito estiver à procura e no encaço da coisa. Definitivamente perdida a coisa, a posse desaparece contra a vontade do titular. (VENOSA, 2009, p. 90/91).

Além de perder a coisa, é necessário para caracterizar o abandono, o ânimo de renunciar tal direito.

### 3.5.2 Pela Tradição

A tradição fundamenta-se na transferência voluntária da propriedade, com o ânimo de não a deter mais e a vontade de perdê-la para outrem. Tal Transferência pode dar-se por escritura pública, ou através de contrato de promessa de compra e venda.

*Tradição* é entrega da coisa. É a forma pela qual, em nosso Direito, transfere-se ordinariamente a propriedade de coisa móvel. A propriedade imóvel transfere-se pelo registro do título, que tem o efeito translático da posse (...). Na tradição, o alienante transfere a posse a outrem, em razão de negócio jurídico. Também nessa hipótese, desaparecem o *animus* e o *corpus*. Na tradição, enquanto um sujeito adquire a posse, outro a perde. (...) Para operar a transferência, há necessidade da intenção do transmitente em transferir a coisa. (...) Simples entrega da coisa sem intenção de transferir não implica perda da posse. (VENOSA, 2009, p. 91).

De acordo com o Código Civil em seu artigo 1.267 a propriedade não se transfere pelos negócios jurídicos antes da tradição, ou seja, somente após tradição que se opera a transferência efetiva.

### 3.5.3 Posse de Outrem

Perde-se a posse para outrem quando com a caracterização do esbulho ou turbação, o legítimo possuidor se encontra privado de sua posse, por atos de terceiro, e continua inerte em relação a tais atos.

A posse de outrem provocada a perda quando, havendo invasão de imóvel ou apropriação de bem móvel, o possuidor se conserva inativo, consentindo tacitamente que se estabeleça uma posse nova. Pelo Código em vigor, configura-se a perda a partir do momento em que se tem notícia do esbulho. (RIZZARDO, 2004, p. 75).

Aquele que não agir em decorrência de ter sofrido esbulho, ou se tentar recuperar é violentamente repellido, este perde a posse.

Se o possuidor, turbado ou esbulhado no exercício da posse, se queda inativo, permitindo se firme nova posse sobre a coisa, perde seu direito, que se extingue, para dar lugar a outro direito, em substituição do primeiro. Mas o possuidor que, expulso de sua propriedade, recorre aos interditos, luta, vence e afinal desaloja o usurpador, nunca chega a perder a posse. (MONTEIRO, 2009, p. 71).

Devido aos conflitos de interesse, o convívio social é regulado pelo estado, com o intuito de assegurar o convívio pacífico entre a população. No entanto, o estado por meio do Código Civil prevê alguns meios de defesas em que se caracteriza a autotutela, ou seja, o próprio indivíduo usando moderadamente suas forças pode se defender.

Art. 1.210. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado. § 1º O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse. (BRASIL, 2002).

No entanto, só podem utilizar-se da autotutela o possuidor que logo em seguida a turbação ou esbulho venha a agir, pois demonstrando a demora em tomar uma atitude, pode não estar mais amparado pela autotutela e agindo de encontro a lei.

Nele se encontram os requisitos para o exercício desse direito, que são a imediação e a proporcionalidade. Só pode valer-se da autotutela o possuidor que agir logo em seguida à turbação ou esbulho e empregar meios proporcionais à agressão experimentada. Demorando a agir ou incorrendo em excessos, extrapola o possuidor os limites legais da licitude da resposta à agressão. (COELHO, 2006, p. 40).

Logo, como requisito fundamental para caracterizar a autotutela, o desforço imediato se destaca, devido ao fato de que quanto mais em seguida ao ato de esbulho ou turbação o possuidor agir, mais rápido fica amparado legalmente e logo se exclui a ilicitude do ato.

Se o fazendeiro sabe que um grupo de posseiros está se organizando para invadir suas terras, pode contratar vigias armados para as defender; se tem conhecimento de que alguns derrubaram cercas e estão ingressando na fazenda, pode expulsá-los usando a força física razoável e reconstruir as defesas destruídas; se encontra

posseiros residindo em habitação erguidas no seu imóvel, pode mandar derrubá-las (com o cuidado de não ferir nenhum deles) e enxotá-los do lugar. Mas, para serem legítimos, tais desforços físicos devem ser imediatos e proporcionais. (...) O essencial é constatar que as providências tendentes à contenção ou expulsão do agressor tiveram início tão logo conhecida a ameaça, turbação ou esbulho e não pararam desde então. (COELHO, 2006, p.40).

A autotutela caracteriza-se em uma concessão dada pelo estado, através da lei, para o possuidor defender sua posse, utilizando para isso seus próprios meios. Devido a tais atos, caso recorram ao judiciário, pode a decisão demorar e tornar ainda mais árdua a tarefa de retomar a área invadida.

### 3.6 FORMAS PROCESSUAIS DE DEFESA DA POSSE

Todo possuidor independentemente de ser proprietário, até porque tal enfoque é discutido no juízo petitório, pode usar de sua própria força para se manter na posse, assim alude o Código Civil em seu artigo 1.210, § 1º, já citado no item anterior.

No entanto, a exceção, do fato de que na ação possessória não se pode discutir a posse, trata-se do caso em que na disputa, as partes pleiteiam como proprietários, ou então quando há fundada dúvida quanto a posse de ambos os litigantes.

A questão dominial só se admite em pleito possessório em dois casos: a) quando autor e réu disputam a posse a título de proprietário; b) quando duvidosa a posse de ambos os litigantes. (MACHADO, 2006, p. 1495).

Verifica-se no instituto que o possuidor pode valer-se de dois meios para proteger sua posse: um meio judicial e outro meio pelo meio não judicial.

Uma das mais importantes conseqüências descritas na norma legal para o fato jurídico da posse é o direito de o possuidor a defender. Seu exercício é a resposta a atos praticados por quaisquer pessoas (tenha ou não com elas o possuidor algum vínculo jurídico prévio) de *esbulho* ou *turbação* da posse, ou mesmo sua simples *ameaça*. (COELHO, 2006, p. 38).

Logo, o possuidor, mesmo não tendo a propriedade, tem o direito de defender sua posse, por fazer uso dela e nada mais justo do que defendê-la seja pela via jurídica, seja pelo uso das próprias forças.

### 3.6.1 Instituto de Defesa da Posse

Com o objetivo de restabelecer o estado do possuidor rapidamente, e de sua posse ao ato anterior à perturbação, é que se desenvolveram tais institutos como a ação de manutenção de posse, o interdito proibitório e a ação de reintegração de posse. E ainda como resquício da autotutela, tem-se ainda o desforço imediato.

#### 3.6.1.1 Ação de Manutenção de Posse

A ação de manutenção de posse é utilizada quando o possuidor, no exercício de sua posse, ou seja, sem ser destituído dela, sofre atos de turbação. “Dá-se a ação de manutenção de posse quando o possuidor, sem haver sido privado de sua posse, sofre turbação em seu exercício. Através do interdito, pretende obter ordem judicial que ponha termo aos atos perturbadores”. (RODRIGUES, 2003, p. 59).

Para ser legítima basta ser o posseiro, pois devido ao seu caráter de urgência busca-se apenas a proteção da posse.

E como a posse é constituída por uma detenção exercida no próprio interesse, aquele que a invocar terá de demonstrar que detém o objeto, ou que outrem o detém por ele, e que a detenção é exercida em seu proveito, se não tiver em seu favor alguma presunção, ou então que adquiriu a posse de quem tinha possuído. A prova do elemento material é imposta ao que invoca a posse. (GONÇALVES, 2006, p. 129).

Verifica-se que a turbação ocorre juntamente com a posse, ou seja, o ato turbador é vislumbrado concomitante ao exercício da posse.

##### 3.6.1.1.1 Requisitos para Propor a Ação

Valendo-se do disposto no Código de Processo Civil no seu artigo 927 *in verbis*, tem-se como requisitos para propor tal ação:

Art. 927. Incumbe ao autor provar:  
I - a sua posse;  
II - a turbação ou o esbulho praticado pelo réu;  
III - a data da turbação ou do esbulho;

IV - a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção; a perda da posse, na ação de reintegração. (BRASIL, 2002).

Propondo tal ação, pode o autor, desde logo, requerer que seja mantido na posse e que os atos turbatórios sejam cessados, podendo o juiz deferir liminarmente o pedido, sem mesmo ouvir o réu.

Intentando-a, pode o autor requerer desde logo seja mantido na posse *in limine litis*, mediante expedição do competente mandado. Pode o juiz conceder de plano esse mandado, ante a prova oferecida com a inicial, mas pode igualmente exigir prévia justificação do alegado, mediante testemunhas, com citação do réu. Em seguida à justificação, a autoridade judiciária concederá ou não o mandado. (MONTEIRO, 2009, p. 44).

Cabe ainda ao autor demonstrar a turbação por ele sofrida, sendo que esta tem que ser efetiva e não pode havê-la abstrata.

Convém anotar que a turbação deve ser efetiva, real, em virtude do Código Civil Brasileiro ter adotado a conhecida teoria de Jhering, pela qual a posse é a exteriorização de propriedade, a visibilidade do domínio; assim, não pode haver turbação abstrata. Por isso, a turbação de direito não merece a proteção possessória (...). As ações possessórias são reais, decorrentes da posse da coisa corpórea e de direitos reais, exceto os de garantia; não se prestam, portanto, à defesa de direitos pessoais. (DOWER, 2004, p. 82/83).

Ademais, percebe-se que a turbação decorre de atos de qualquer pessoa que atente ou ponha em risco a posse.

### 3.6.1.2 Ação de Reintegração de Posse

Utiliza-se desta ação quando o possuidor é esbulhado de sua posse, ou seja, quando o possuidor é retirado de sua posse com o uso da violência ou não.

Em caso de esbulho, a ação cabível é a de reintegração de posse. Seu fim específico é obter a recuperação da coisa. Tem todo possuidor direito a conseguí-la se da posse for privado por violência, clandestinidade ou precariedade. Também chamada *ação de força nova espoliativa*, pressupõe ato praticado por terceiro que importe, para o possuidor, perda da posse, contra a sua vontade. Se o possuidor não for despojado da posse, esbulho não haverá. Além da restituição da coisa, a que faz jus, o possuidor esbulhado tem direito a ser indenizado dos prejuízos que sofreu com o esbulho. (GOMES, 2004, p. 101).

Caso o esbulho tenha se dado a mais de um ano e um dia, tem-se a figura da ação de força velha espoliativa, que, ao contrário da força nova espoliativa, não se inicia pela expedição de mandado liminar.

Se o esbulho datar de menos de um ano e dia, a ação, com o nome também de ação de *força nova espoliativa* inicia-se pela expedição de mandado liminar, para que seja o possuidor prontamente reintegrado (...). Se o esbulho é de mais de um ano (*ação de força velha espoliativa*) o juiz fará citar o réu para que se defenda, admitirá suas

provas, que ponderará com as do autor, e decidirá finalmente que terá a posse. (PEREIRA, 2009, p. 57).

Tal ação pode ser proposta tanto pelo possuidor direto, como pelo indireto, este podendo reclamar a coisa a seu favor ou do possuidor direto.

Cabe a ação do esbulho ao possuidor direto contra terceiro ou contra o possuidor indireto, tal qual se viu quanto à de manutenção. Ao possuidor indireto dá-se o interdito *recuperandae* para obter a restituição em favor do direto ou em seu próprio benefício, se o possuidor imediato não puder ou não quiser reaver a coisa, e esbulhador for um terceiro. (PEREIRA, 2009, p. 57).

Independentemente de qual seja a qualidade do possuidor, este tem que demonstrar que possuía a posse ao tempo do esbulho que sofreu.

Assim, entende o egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no sentido de que, se provado a posse e o esbulho praticado, já está presente os requisitos para a concessão do mandado de reintegração de posse, de acordo com isso proferem tal ementa abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO ocorrência. proteção possessória. possibilidade. ESBULHO. ocorrência. sentença REFORMADA. Demonstrada a posse anterior do autor e o esbulho perpetrado pela ré, restam presentes os requisitos legais para a concessão da reintegração da posse. APELO PROVIDO. UNÂNIME.  
tjrs-Apelação Cível nº 70037102951, Comarca de Sapucaia do Sul-2010

O esbulho nada mais é, portanto, do que o afastamento contra a vontade do possuidor seja ele direto ou indireto da propriedade, e para tal vício tem-se a ação de reintegração de posse.

### 3.6.1.2.1 Requisitos para a Ação

Como nas outras ações possessórias, e de acordo com o Código de Processo Civil, artigo 927, já citado no item 3.6.1.1.1, nesta também é inerente ao autor provar o seguinte:

- a. A posse que exerceu sobre a coisa;
- b. A existência de esbulho;
- c. A perda da posse;
- d. A data em que ocorreu o esbulho.

Ao autor cabe provar que sofreu esbulho, mas caso este intente a ação e não obtenha êxito no tocante às provas, terá seu pedido negado.

Em que pese ser uma ação de caráter de urgência, é necessário ao autor provar o esbulho, assim, nesse entendimento, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul profere tal ementa abaixo descrita:



**APELAÇÃO CÍVEL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. DIVISÃO. TÍTULO DE PROPRIEDADE. LOCALIZAÇÃO DE CERCA.**

Em reintegração de posse, devem ser atendidos os requisitos do art. 927, do CPC, sendo ônus do autor comprová-los. Havendo discussão de domínio sobre a área limítrofe entre dois lotes urbanos, viável a aplicação da Súmula 487 do STF. O autor não logrou comprovar que o desforço empreendido pelo réu na área em litígio tivesse caracterizado esbulho possessório. Segundo a prova pericial restou comprovado que a área em que o réu construiu a cerca não avança sobre a propriedade do autor, conforme o título trazido por este. Assim, mostra-se inviável o julgamento de procedência do pedido de reintegração cumulado com divisão.

Negaram provimento. Unânime.

TJRS-APELAÇÃO CÍVEL Nº 70016761660, Comarca de Marcelino Ramos-2006

É de fundamental importância a comprovação da data em que ocorre o esbulho, pois a partir dela que se verifica se a ação é velha ou nova, ou seja, se pode ou não ser postulada a reintegração liminarmente.

### 3.6.1.3 Ação de Interdito Proibitório

Esta ação tem como fundamento o iminente receio de ser ameaçado na posse, e logo se trata de uma ação preventiva, pois é proposta antes mesmo de sofrer atos atentatórios à posse.

É a defesa preventiva da posse, ante a ameaça de turbação ou esbulho. Consiste em armar o possuidor de mandado judicial, que resguarde da moléstia iminente. Não é necessário que aguarde a turbação ou esbulho. Pode antecipar-se ao cometimento da violência, e obter um julgado que o assegure contra a hipótese de vir a acontecer, sob pena de pagar o réu multa pecuniária, em favor do próprio autor ou de terceiro (uma instituição filantrópica, e.g.). Com a cominação do preceito, o réu se contém, e, se não abster de a moléstia, automaticamente incidirá na pena. (PEREIRA, 2009, p. 59).

O interdito proibitório é uma ação de cunho preventivo, como já citado, e tem como objetivo evitar uma ameaça real à posse do possuidor.

#### 3.6.1.3.1 Requisitos para Propor a Ação

Como na ação de manutenção de posse e de acordo com o Código de Processo Civil, artigo 927, já referido no item 3.6.1.1.1, aqui cabe também ao autor provar o seguinte:

- a. Sua posse;
- b. Ameaça da moléstia;

c. Probabilidade de que venha a ocorrer.

Se o autor pretender ter seu pedido liminarmente atendido, e antes mesmo da outra parte ficar ciente (*inaudita altera parte*), cabe a ele provar os requisitos acima citados.

Nesse sentido o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entende que com o preenchimento dos requisitos é possível o deferimento de liminar. Assim expõe na ementa abaixo por ele proferida:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRATO DE COMODATO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. LIMINAR. REQUISITOS DO ARTIGO 927 DO CPC DEMONSTRADOS.

Nas ações possessórias de reintegração ou manutenção de posse, para fins de deferimento da liminar a que alude o art. 928 do CPC (*inaudita altera parte*), deve ser comprovado pelo autor, de forma cabal, o preenchimento dos requisitos insculpidos no art. 927. São eles: “I - a sua posse; II - a turbação ou o esbulho praticado pelo réu; III - a data da turbação ou do esbulho; IV - a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção; a perda da posse, na ação de reintegração”. Caracterização de esbulho possessório, uma vez desatendida a notificação para desocupação do imóvel.

AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. UNÂNIME.

TJRS-AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 70038413449, COMARCA DE NOVA PETRÓPOLIS-2010.

Tem-se a possibilidade de propor a ação de interdito proibitório tanto o possuidor direto como o indireto.

## 4 LEGÍTIMA DEFESA DA POSSE

### 4.1 HISTÓRIA DA AUTOTUTELA AO PODER JURISDICIONAL

Atualmente, quando surge um conflito entre pessoas, o Estado toma para si o dever de solucioná-lo, fundando-se no estabelecido, o ordenamento jurídico dará uma resposta para tal.

Hoje, se entre duas pessoas há um conflito, caracterizado por uma das causas de insatisfação descritas acima (resistência de outrem ou veto jurídico à satisfação voluntária), em princípio o direito impõe que, se se quiser pôr fim a essa situação, seja chamado o Estado-juiz, o qual virá dizer qual a vontade do ordenamento jurídico para o caso concreto (declaração) e, se for o caso, fazer com que as coisas se disponham, na realidade prática, conforme essa vontade (execução). (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2000, p. 20/21).

No entanto, nem sempre as pessoas contavam com o Estado para resolver seus conflitos. Na época primitiva, a figura do Estado era praticamente inexistente, pois não possuía tamanha força para superar o individualismo.

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. (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2000, p. 21).

Logo, aquele que pretendia ter seus pedidos atendidos, nada o restava a não ser a sua própria força, caso obtivesse sucesso, teria satisfeito sua pretensão.

Assim, quem pretendesse alguma coisa que outrem 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 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. (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2000, p. 21).

Com o decurso do tempo, as pessoas que faziam parte do sistema da autotutela, foram percebendo os males que este sistema causava. Então começaram a migrar deste para uma solução harmoniosa, por meio de árbitros.

Quando pouco a pouco, os indivíduos foram-se apercebendo dos males desse sistema, deles começaram a preferir, ao invés da solução **parcial** dos seus conflitos (*parcial* = por ato das próprias partes), uma solução amigável e imparcial através de **árbitros**, pessoas de sua confiança mútua em quem as partes se louvavam para que resolvam os conflitos. (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2000, p. 21).

Essa arbitragem era realizada por sacerdotes, os quais eram vistos como pessoas ligadas ao divino, ou por anciãos, pelo fato de conhecerem os costumes.

Essa interferência, em geral, era confiada aos sacerdotes, cujas ligações com a divindade garantiam soluções acertadas, de acordo com a vontade dos deuses; ou aos anciãos, que conheciam os costumes do grupo social integrado pelos interessados. E a decisão do árbitro pauta-se pelos padrões acolhidos pela convicção coletiva, inclusive pelos costumes. Historicamente, pois, surge o juiz antes do legislador. (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2000, p. 22).

Na autotutela, aquele que pretendia algo, simplesmente obrigava o seu oponente a algo, utilizando de sua força para isso. Já a autocomposição e arbitragem resumem-se a impor a existência ou não de um direito.

Na autotutela aquele que impõe ao adversário uma solução, não cogita de apresentar ou pedir a declaração de existência ou inexistência do direito; satisfaz-se simplesmente pela força (ou seja, realiza a sua pretensão). A autocomposição e a arbitragem, ao contrário, limitam-se a fixar a existência do direito: o cumprimento da decisão, naqueles tempos iniciais, continuava dependendo da imposição de solução violenta e parcial (autotutela). (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2000, p. 22).

O Estado, no intuito de frear tal instituto violento, aos poucos se firmou e conseguiu se mostrar mais forte que os particulares, impondo-se a eles. Logo, incorporou-se o poder de resolver os conflitos.

Mais tarde e à medida em que o Estado foi-se afirmando e conseguiu impor-se aos particulares mediante a invasão de sua antes indiscriminada esfera de liberdade, nasceu, também gradativamente, a sua tendência a absorver o poder de ditar as soluções para os conflitos. (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2000, p. 22).

A figura do pretor é vislumbrada no período do Direito Romano arcaico, no qual era procurado para auxiliar a decidir os conflitos de interesses trazidos pelos cidadãos. Estes se comprometiam a aceitar qualquer decisão, pois não aceitavam a interferência do estado.

Os cidadãos em conflito compareciam perante o **pretor**, comprometendo-se a aceitar o que viesse a ser decidido; esse compromisso, necessário porque a mentalidade da época repudiava ainda qualquer ingerência do Estado (...) nos negócios de alguém contra a vontade do interessado, recebia o nome *litiscontestatio*. Em seguida, escolhiam um árbitro de sua confiança, o qual recebia do pretor o encargo de decidir a causa. (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2000, p. 22).

Em tal período, o Estado já começava a ter, mesmo que pequenas, participações na solução dos conflitos. Com o fortalecimento do Estado, a interferência dele nos conflitos por consequência aumentou.

Já nesse período o Estado tinha alguma participação, pequena embora, na solução de litígios; o sistema perdurou ainda durante todo o período clássico do direito romano, sendo que, correspondentemente ao fortalecimento do Estado, aumentou a participação através da conquista do poder de nomear árbitro (o qual era início nomeado pelas partes e apenas investido pelo magistrado). Vedada que era a autotutela, o sistema então implantado consistia numa **arbitragem obrigatória**, que substitui a anterior **arbitragem facultativa**. (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2000, p. 22).

Ainda olhando por este prisma, o Estado com o objetivo de facilitar a imposição das decisões à parte por um terceiro, começou a estabelecer regras para servir de critério, e com isso afastando decisões arbitrárias.

Além disso, para facilitar a sujeição das partes às decisões de terceiro, a autoridade pública começa a preestabelecer, em forma abstrata, regras destinadas a servir de **critério objetivo e vinculativo** para tais decisões, afastando assim os temores de julgamento arbitrários e subjetivos. (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2000, p. 23).

Após tal período arcaico, tem-se início no século III d.C., um novo período, no qual consistia a evolução da justiça privada para a justiça pública.

Nova fase, iniciada no século III dC, (...), com ela completou-se o ciclo histórico da evolução da chamada *justiça privada* para a *justiça pública*: o estado, já suficientemente fortalecido, impõe-se sobre os particulares e, prescindindo da voluntária submissão destes, impõe-lhes autoritativamente a sua solução para os conflitos de interesses. À atividade mediante a qual os juízes estatais examinam as pretensões e resolvem os conflitos dá-se o nome de *jurisdição*. (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2006, p. 29).

É notável o fato de que tal evolução se dá ao longo dos anos de maneira descontínua, ou seja, muitos períodos eram de retrocessos e paralisação, mas mesmo assim, se tem a evolução do direito para o fim da autotutela.

É claro que essa evolução não se deu assim linearmente, de maneira límpida e nítida; a história das instituições faz-se através de marchas e contramarchas, entrecortada frequentemente de retrocessos e estagnações, de modo que a descrição acima constitui apenas uma análise macroscópica da *tendência no sentido de chegar ao Estado todo o poder de dirimir conflitos e pacificar pessoas*. (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2006, p. 29).

No direito atual, mesmo na presença de todo um aparato que repudia a autotutela como meio comum de satisfazer pretensões em favor do mais forte, no entanto para casos especiais o próprio ordenamento prevê exceções. 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. (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2006, p. 35).

Portanto, a regra é de que todo conflito deve ser resolvido pelo meio judicial, no entanto, cabe exceção.

## 4.2 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

Com o intuito de beneficiar aquele possuidor do qual se vê privado de sua posse mansa e pacífica, e poder recuperar por si só sua posse, o legislador faculta a possibilidade à vítima tal prerrogativa.

Fora da ação judicial ou antes dela, o possuidor pode reagir em defesa de sua posse com sua própria força. A própria lei, excepcionalmente, faculta à vítima a

possibilidade de defender-se, diretamente, com seus próprios meios (...) (DOWER, 2004, p. 75).

Desforço no dicionário jurídico da língua portuguesa é definido como ação de desforço, ou seja, ato praticado. Já imediato é definido como coisa que acontece sem intervalo.

Desforço. Derivado do verbo *desforçar* (vingar, reagir, desagrar, desafrontar), na linguagem do Direito Civil, é compreendido como a natural *resistência* ou *reação* adotada no intuito de trazer à posse da pessoa o bem ou a coisa que dela se tirou, por violência injusta. (SILVA, DE PLÁCIDO, 2008, p. 447).

O desforço imediato se caracteriza como aquele ato praticado pelo possuidor que já esteja sofrendo, ou sofreu, atos contra sua posse, atos estes recentes.

O desforço imediato é praticado diante do atentado já consumado, mas ainda no calor dos acontecimentos. O possuidor tem de agir com suas próprias forças, embora possa ser auxiliado por amigos e empregados, permitindo-se-lhe ainda, se necessário, o emprego de armas. (GONÇALVES, 2009, p. 111).

Define também o dicionário jurídico que a legítima defesa é toda a ação com o intuito de afastar injusta agressão ao corpo ou a seus bens.

LEGÍTIMA DEFESA. Na linguagem do Direito sem sentido amplo, assim se entende toda *ação de repulsa* levada a efeito pela pessoa ao ataque injusto a seu corpo ou a seus bens. (...) Os injustos ataques que a estes sejam dirigidos, contando que esta defesa não ultrapasse seus justos limites. (SILVA, DE PLÁCIDO, 2008, p. 827).

As normas jurídicas estão estabelecidas para o fim de que a sociedade se utilize dela para por termo aos seus conflitos, e logo não usando suas próprias mãos para resolvê-los.

Ao ordenamento legal repulsa a idéia de justiça feita de mão própria. As ações possessórias estão à disposição do esbulhado ou turbado dentro do organismo do Estado. No entanto, tamanho é o valor axiológico dado à posse pelo direito que excepcionalmente, sob certas circunstâncias, permite a lei a autotutela. (...) (VENOSA, 2009, p. 118).

A evidência da defesa da ordem jurídica em fazer valer seus preceitos e erradicar a busca pelo direito com as próprias mãos é tamanha, que chega até tipificá-la no Código Penal.

Sabem todos que a ordem jurídica repudia o exercício dos direitos pelas próprias mãos. O repúdio chega a ponto de criminalizar as condutas dessa natureza: o art. 345 do CP tipifica “fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite” como crime de *exercício arbitrário das próprias razões*, punindo-o com detenção, de 15 dias a um mês ou multa, além da pena correspondente à eventual violência. (...) Presume a ordem jurídica que, se todos pudessem legitimamente *lutar* pelo que é seu, a instabilidade social seria insuportável. (COELHO, 2006, p. 39).

Via de regra, o possuidor tem que acionar o judiciário, para que este analise seu pedido e julgue-o. No entanto, tal ato pode ser lento ao ponto de que fica sujeito a não atingir sua finalidade, que é a satisfação da pretensão do autor.

Em regra, a defesa do direito violado ou ameaçado se faz mediante recurso ao Poder Judiciário. Todavia, o legislador, temendo que a proteção judiciária por sua menor

celeridade não possa, por vezes, atingir sua finalidade, excepcionalmente facultada à vítima a possibilidade de defender-se diretamente, com seus próprios meios, contanto que obedeça aos requisitos legais. (RODRIGUES, 2003, p. 52).

Em que pese estar disposto na legislação de que os atos a serem praticados pelo possuidor devem ser imediatos, não há um prazo em específico definindo qual é o lapso do tempo.

Não há na lei, nem poderia haver, fixado um prazo de decadência desse direito. O essencial é constatar que as providências tendentes à contenção ou expulsão do agressor tiverem início tão logo conhecida a ameaça, turbacão ou esbulho e não pararam desde então. (COELHO, 2006, p. 40).

O Código Civil prevê no seu artigo 188, inciso I, que apesar de serem atos ilícitos, neste não se caracteriza devido ao fato do agente estar apenas defendendo algo, seja seu ou de terceiro, assim alude tal artigo: Art. 188. Não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido. (BRASIL, 2002).

Tal previsão acima citada é instituída com o objetivo de proporcionar o rápido afastamento dos ataques injustos, e que estes não sejam atos no qual cause algum ônus ao defensor.

#### 4.3 OUTRAS HIPÓTESES EM QUE A LEI CIVILISTA PERMITE A UTILIZAÇÃO DOS PRÓPRIOS MEIOS PARA POR FIM À LESÃO

##### a) Embargo extra-judicial:

É configurado nos casos em que a própria parte faz em princípio ao autor da obra, feito oralmente, ou por escrito, devido a que uma pequena demora apenas pode configurar dano irreparável. O Código de Processo Civil cita no seu artigo 935, Parágrafo único, *in verbis*:

Art. 935. Ao prejudicado também é lícito, se o caso for urgente, fazer o embargo extrajudicial, notificando verbalmente, perante duas testemunhas, o proprietário ou, em sua falta, o construtor, para não continuar a obra.

Parágrafo único. Dentro de 3 (três) dias requererá o nunciante a ratificação em juízo, sob pena de cessar o efeito do embargo. (BRASIL, 1973).

##### b) Direito de retenção:

Com o objetivo de satisfazer o seu direito, o possuidor pode exercer o direito de retenção sobre coisas alheias, até que lhe seja satisfeito os valores. Cita o Código Civil no seu artigo 1.219:

Art. 1.219. O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis.

c) Penhor legal:

Outra forma do próprio agente assegurar a satisfação de um direito seu pelo meio extra-judicial é o penhor legal, que consiste no penhor dos bens móveis de algumas pessoas para a satisfação de uma dívida, como no caso do dono de pousada tomar posse da bagagem de seu hospede, e depois requerer a homologação do penhor legal via ação cautelar.

Cita o Código Civil no seu artigo 1.467, incisos I e II, e artigo 1.470, *in verbis*:

Art. 1.467. São credores pignoratícios, independentemente de convenção:

I - os hospedeiros, ou fornecedores de pousada ou alimento, sobre as bagagens, móveis, jóias ou dinheiro que os seus consumidores ou fregueses tiverem consigo nas respectivas casas ou estabelecimentos, pelas despesas ou consumo que aí tiverem feito;

II - o dono do prédio rústico ou urbano, sobre os bens móveis que o rendeiro ou inquilino tiver guarnecendo o mesmo prédio, pelos aluguéis ou rendas.

Art. 1.470. Os credores, compreendidos no art. 1.467, podem fazer efetivo o penhor, antes de recorrerem à autoridade judiciária, sempre que haja perigo na demora, dando aos devedores comprovante dos bens de que se apossarem. (BRASIL, 2002).

Os direitos reais de garantia só podem ser exercidos sobre os bens que realmente pertençam ao proprietário devedor, logo se o bem esta com o devedor, mas de outro pegou emprestado, não cabe penhor sobre este.

#### 4.4 DIFERENÇA ENTRE LEGÍTIMA DEFESA DA POSSE E DESFORÇO IMEDIATO

O legislador, ao instituir a autotutela, prevê que há possibilidade de dois tipos de defesa, sendo que para a turbação cabe a legítima defesa e para o esbulho cabe o desforço imediato.

(...) A legítima defesa não se confunde com o desforço imediato. Este ocorre quando o possuidor, já tendo perdido a posse (esbulho), consegue reagir, em seguida, e retomar a coisa. A primeira somente tem lugar enquanto a turbação perdurar, estando o possuidor na posse da coisa. (GONÇALVES, 2009, p. 111).

Apesar de tais institutos serem muito parecidos, a legítima defesa da posse caracteriza-se quando a posse é ameaçada, ou seja, é turbada.

Já o desforço imediato é verificado no momento em que a posse é perdida, ou seja, quando ocorre esbulho. Turbação é um ato atentatório ao livre exercício, ou seja, apenas dificulta-o, continuando assim no exercício da posse.



Turbação é ofensa menor do que o esbulho, no sentido de que não tolhe por inteiro ao possuidor o exercício do poder fático sobre a coisa, mas embaraça-o e dificulta-o, embora sem chegar à consequência extrema da impossibilitação. (GONÇALVES, 2009, p. 131).

O esbulho se caracteriza por ato que impede a utilização da coisa, priva o possuidor, com o emprego de violência ou outro vício.

O *esbulho* consiste no ato pelo qual o possuidor se vê privado da posse mediante violência, clandestinidade ou abuso de confiança. Acarreta, pois, a perda da posse contra a vontade do possuidor. (...) O esbulho é o mais grave das ofensas, porque despoja da posse o esbulhado, retirando-lhe por inteiro o poder de fato que exercia sobre a coisa e tornando assim impossível a continuação do respectivo exercício. (GONÇALVES, 2009, p. 133).

Portanto, todo possuidor na iminência, ou logo após a perda pode valer-se de seus próprios meios para se manter, ou reintegrar-se na posse.

#### 4.5 LEGÍTIMA DEFESA DA POSSE E SEUS REQUISITOS

A legítima defesa da posse no Direito Brasileiro é aceita. Todavia, o Direito Brasileiro estabelece um regulamento para que a defesa ocorra dentro dos limites legais. Portanto, apesar de aceita, a legítima defesa não pode tornar-se ato violento e injusto. Sendo assim, temos os seguintes requisitos para configuração da legítima defesa da posse:

- a. A violação da posse deve ser atual;
- b. A repulsa à violação da posse deve ser imediata;
- c. Deve haver proporcionalidade dos meios utilizados pelo possuidor.

Cabe ao possuidor que teve sua posse agredida, fazer-se valer da autotutela imediatamente a agressão, sendo que é admitido ainda certo lapso temporal entre a agressão, sua posse e os atos de defesa praticados.

Nessas condições, o possuidor esbulhado poderá exercer o desforço *imediatamente*, em ato sucessivo, sem solução de continuidade, de preferência, ou, então, logo que lhe seja possível agir. O exemplo lembrado por *CARVALHO SANTOS* é elucidativo: alguém se encontra com o ladrão de sua capa, dias depois do furto. Em tal hipótese, apesar do lapso de tempo decorrido, assiste-lhe o direito de fazer justiça por suas próprias mãos, se presente não estiver a polícia. (MONTEIRO, 2009, p. 56).

Assim como na esfera jurídica, na qual o possuidor tem algumas ações a sua disposição, a autodefesa caracteriza-se como ação própria, no entanto, não como ação pública.

A autodefesa da posse delimita ação própria do sujeito no conflito de interesses e não de ação pública, regrada pelo ordenamento. Todavia, ambas são ações legais para a mesma finalidade. A retomada das coisas por mão própria obtém o mesmo efeito que teria a sentença de reintegração. (VENOSA, 2009, p. 120).

O desforço imediato se caracteriza como aquele ato praticado pelo possuidor que já esteja sofrendo, ou sofreu atos contra sua posse, sendo tais atos recentes.

O desforço imediato é praticado diante do atentado já consumado, mas ainda no calor dos acontecimentos. O possuidor tem de agir com suas próprias forças, embora possa ser auxiliado por amigos e empregados, permitindo-se-lhe ainda, se necessário, o emprego de armas. (GONÇALVES, 2009, p. 111).

Conforme está disposto na legislação, os atos a serem praticados pelos posseiros devem ser imediatos, não há um prazo específico definindo qual é o período.

Não há na lei, nem poderia haver, fixado um prazo de decadência desse direito. O essencial é constatar que as providências tendentes à contenção ou expulsão do agressor tiverem início tão logo conhecida a ameaça, turbação ou esbulho e não pararam desde então. (COELHO, 2006, p. 40).

Logo, o legislador abarcou no ordenamento jurídico, a autotutela, sendo que esta deve ser utilizada moderadamente, não ultrapassando os limites para a satisfação do direito pretendido.

A reação deve-se limitar ao indispensável à retomada da posse. Os meios empregados devem ser proporcionais à agressão. Essa forma excepcional de defesa só favorece quem usa moderadamente dos meios necessários para repelir injusta agressão. (GONÇALVES, 2009, p. 112).

No período subsequente ao fato que retira do possuidor a sua posse, pode este valer de seus próprios meios, contanto que o exerça imediatamente ou logo em seguida.

Por este prisma, entende o Tribunal de Justiça do Maranhão que o quesito imediatidade é fundamental para a configuração do desforço imediato, assim decidiram como expõe a ementa abaixo:

**EMENTA:** Direito Civil e Processual Civil. Apelação. Ação de manutenção de posse. Turbação. Desforço imediato. Ignorância de vício ou obstáculo que impeça a aquisição da coisa. Erro inescusável. Posse de má-fé. Princípio da identidade física do juiz. O princípio da identidade física do juiz, inscrito no art. 132, do CPC, não se reveste de caráter absoluto, cedendo frente a outros princípios igualmente previstos no CPC, como o da instrumentalidade das formas, segundo o qual não se decreta nulidade de ato processual quando, embora realizado de modo diverso do previsto em lei, alcançar-lhe a finalidade, e, ao mesmo tempo, não importar prejuízo a nenhuma das partes (art. 244 c/c p. único, do art. 250, do CPC). Para que a posse seja de boa-fé não basta a ignorância do vício que a macula; mister que o erro quanto a este fato seja escusável. Tratando-se de erro inescusável, vencível pelo critério do homem médio, dotado da prudência ordinária, conquanto ignorado o vício pelo agente, a posse será de má-fé. O erro quanto ao domínio do imóvel revela-se inescusável, posto que a prudência ordinária de que é dotado o homem médio impõe a pesquisa, pelo pretense adquirente, aos registros de imóveis para conhecer o proprietário do bem. Se o autor informa que adquiriu o terreno de uma terceira pessoa que sequer foi arrolada como testemunha e que à evidência não possuía o domínio do imóvel caracterizada estará a sua má-fé. Não resta caracterizado o desforço imediato, previsto no § 1º, do art. 1.210, do CC/02, na hipótese de o possuidor agir quando decorrido quase um ano do esbulho, isso porque ausente o requisito de imediatidade da reação, convertendo-se os eventuais prejuízos daí advindos em perdas e danos.(grifo nosso) (TJMA- APELAÇÃO CÍVEL Nº 023020/2006 – PAÇO DOLUMIAR-DJ 10.04.2008) ACÓRDÃO Nº 72.553/2008

Os atos utilizados moderadamente para repelir injusta agressão à posse não podem ir além daqueles necessários para estabelecer novamente a posse.

O § 1º do art. 1.210 esclarece que “(...) os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse”. A defesa privada, excepcionalmente admitida pelo questionado preceito legal, só favorece a quem usa moderadamente dos meios necessários para repelir injusta agressão. (MONTEIRO, 2009, p. 56).

Certamente, diante da euforia da disputa, fica dificultoso assegurar que tais meios utilizados foram justos para repelir a agressão sofrida. Então, fica a critério do julgador decidir.

É claro que as agruras do possuidor turbado ou esbulhado sem sempre permitirão que se sopesse, no calor da disputa, o exato limite da repulsa, Examina-se a proporcionalidade da conduta do defensor e ofensor, de acordo com o prudente critério do julgador. (VENOSA, 2009, p. 121).

Cabe ainda ao posseiro, turbado ou esbulhado, receber ajuda, desde que moderada, e logo em seguida receber ainda a injusta agressão, para defender sua posse, ou recuperá-la.

Se o fazendeiro sabe que um grupo de posseiros está se organizando para invadir suas terras, pode contratar vigias armados para as defender; se tem conhecimento de que alguns deles derrubaram cercas e estão ingressando na fazenda, pode expulsá-los usando força física razoável e reconstruir as defesas destruídas; se encontra posseiros residindo em habitações erguidas no seu imóvel, pode mandar derrubá-las (com o cuidado de não ferir nenhum deles) e enxotá-los do lugar. Mas, para serem legítimos, tais desforços físicos devem ser imediatos e proporcionais. A cada dia que passa sem que o fazendeiro aja em defesa da posse, perde o direito à autotutela. (COELHO, 2006, p. 40).

Sendo que, se esta ajuda ultrapassar os atos necessários para manutenção, ou reintegração da posse, pode o possuidor ter descaracterizado o desforço imediato devido a tal abuso por ele cometido.

O tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul nesse sentido entende que a dever de indenizar, caso seja extrapolado os limites do desforço imediato, proferem a decisão, a qual segue abaixo na ementa:

**APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS E MATERIAIS. DESFORÇO POSSESSÓRIO ILEGÍTIMO.**

1. ilícito CIVIL CARACTERIZADO. dever de indenizar. Comprovado que os réus extrapolaram os limites do desforço possessório ao tentarem reaver o imóvel que estava na posse da autora, pois passaram a agredi-la fisicamente e a danificar móveis que guarneciam a residência, caracterizado está o ilícito que confere aos requeridos o dever de indenizar. Desforço possessório que, para ser legítimo, não pode ir além do necessário para reaver a posse do bem. Inteligência do § 1º do art. 1.210 do Código Civil. Condenação mantida. (grifo nosso) (...) **APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.**

TJRS-APELAÇÃO CÍVEL Nº 70023043987, COMARCA DE VIAMÃO-2008

A legítima defesa da posse não obsta no ingresso ao judiciário para solucionar os conflitos existentes, ou seja, apesar de existir tal instituto, pode o possuidor não conseguindo atingir seu objetivo, recorrer ao poder público para tal feito.

Nossa lei não exigiu que essa atitude do possuidor dependa da impossibilidade de recorrer às vias judiciárias. Exige, sim, imediatamente na repulsa, o que será verificado no caso concreto. Ainda que malsucedido na autodefesa, porque repellido pelo turbador ou esbulhador, sempre poderá recorrer aos interditos. As ações possessórias também concedem resposta rápida à turbação ou esbulho, permitindo a concessão de liminar, em se tratando de agressão à posse de menos de ano e dia. (VENOSA, 2009, p. 120).

Considera-se prática de ato ilícito todo aquele que repele a injusta agressão, fazendo uso desse momento para exceder-se e igualmente agredir.

Quem repele agressão injusta e aproveita a oportunidade para também agredir pratica ato ilícito nos limites de sua agressão e dos danos ocasionados. Esse direito de defesa compete tanto ao possuidor direto, como ao possuidor indireto. Assim, pode o locatário impedir que o locador ou terceiro ingresse no imóvel locado contra sua vontade. (VENOSA, 2009, p. 121).

Com o mesmo efeito que uma sentença produziria, a autotutela produz, só que de forma mais célere, pois esta não precisa de uma resposta do judiciário para agir.

A retomada da posse por ato de justiça de mão própria já tem a eficácia que teria a sentença de reintegração. Se o justicador de mão própria teme que o esbulhador volte, pode usar do interdito proibitório, bem assim da ação de manutenção se o justicado insiste em turbá-lo. (MIRANDA, 2001, p. 386).

A posse justa, ou injusta, ou ainda de boa-fé ou de má-fé, de nada impede a caracterização da autotutela. Basta apenas que seja possuidor aquele que está defendendo a posse. Nesse, caso sua qualidade não é apreciada para caracterizar a proteção possessória.

Conseqüentemente, se da natureza possessória o pleito judicial, cumpre apenas indagar que é possuidor, para a este outorgar-se a proteção possessória. Se o pleito comportasse outras indagações, para se questionar, por exemplo, que tem o domínio da coisa litigiosa, ter-se-ia transformado o juízo possessório em petitorio, suprimindo-se assim a específica proteção da posse. (MONTEIRO, 2009, p. 57).

Com a posse em disputa, a autotutela serve como mecanismo de auxílio ao possuidor que vê sua posse agredida, e que não pode esperar por uma resposta do judiciário, já que ele tem meios de evitar por si só tal ilegalidade.

#### 4.6 LEGITIMIDADE

Possui legitimidade todo aquele que tenha a qualidade de possuidor, mesmo que não possua título algum, no entanto, o mero detentor não tem a faculdade de intentar ação ou qualquer ato.

Exige-se a condição de *possuidor* para a propositura dos interditos (CPC, art. 926), mesmo que não tenha título (*possideo quod possideo*). O detentor, por não ser possuidor, não tem essa faculdade. Não basta ser proprietário ou titular de outro direito real. Se somente tem o direito, mas não a posse correspondente, o agente terá de valer-se da via petítória, não da possessória, a não ser que se trate de sucessor de quem detinha a posse e foi molestado. (GONÇALVES, 2009, p. 112).

Ao possuidor indireto são dados alguns direitos sobre o qual, ele não perderá tão facilmente sua posse. É concedido, também, ao possuidor direto defender sua posse, inclusive contra o indireto, assim alude o Código Civil no seu artigo 1.197, *in verbis*:

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. (NERY JUNIOR, 2003, p. 565)

Pode ainda, o possuidor indireto ter sua posse escalonada devido ao fato de que a relação tem mais de um possuidor indireto contra apenas um direto.

Possuidores *diretos* e *indiretos* têm ação possessória contra terceiros, e também um contra o outro. A jurisprudência já vinha admitindo que cada possuidor, o direto e o indireto, recorre aos interditos possessórios contra o outro, para defender a sua posse, quando se encontrasse por ele ameaçado(...). Havendo posse escalonada ou em níveis (locador, locatário, sublocatário), em que há um possuidor direto e mais de um possuidor indireto, é preciso verificar qual das posses foi ofendida na ação movida entre eles. Entretanto, contra terceiros, há legitimação concorrente dos possuidores de diferentes níveis, podendo instaurar-se litisconsórcio não obrigatório. (GONÇALVES, 2009, p. 113).

O possuidor de boa-fé ou má-fé tem o seu direito assegurado no caso de precisar utilizar-se das ações para defender sua posse, pois o único requisito é que seja justa a posse.

A boa-fé não é essencial para o uso das ações possessórias. Basta que a posse seja justa. A boa-fé somente ganha relevância, com relação à posse, em se tratando de usucapião, de disputa sobre os frutos e benfeitorias da coisa possuída ou da definição da responsabilidade pela sua perda ou deterioração. (GONÇALVES, 2009, p. 130).

Vale lembrar também que todo possuidor, seja ele direto ou indireto, possui legitimidade ativa para propor as ações possessórias, ou agir com as próprias mãos. Já o detentor não possui legitimidade alguma.

## 5 CONCLUSÃO

A propriedade é constituída por vários elementos que não podem ser vislumbrados separadamente. Entre seus elementos constitutivos existe a posse, como foi possível verificar ao longo do trabalho.

A posse tem seus elementos constitutivos reduzidos, pois é apenas o poder físico exercido sobre a coisa, bem como a vontade do possuidor de dispor desta, que já se configura como posse, conforme exemplificado neste trabalho.

Assim, pode o possessor, com o intuito de defendê-la, utilizar-se do meio judicial, por meio de ações possessórias, como também pode fazer o uso do meio extrajudicial, o qual é permitido pelo ordenamento jurídico.

Cabe ainda ressaltar, que se abordou o instituto do desforço imediato como meio alternativo ao poder jurisdicional. Logo, pode-se escolher qual meio utilizar, de acordo com qual resposta será mais eficaz para tal situação.

Neste norte, a exceção ao poder jurisdicional é denominada desforço imediato, sendo que este se caracteriza quando o possessor, na iminência de sofrer, ou logo em seguida de ter sofrido atos atentatórios contra a sua posse pacífica, pode com seus próprios meios, fazer valer seu direito e restituir-se da posse repelindo o ato atentatório.

Por esse prisma, verificou-se que atualmente ainda se faz necessário tal instituto, pois em que pese o instituto pode eventualmente ser caracterizado ato ilícito, sendo que o objetivo é proteger a posse de um dano iminente.

Verificou-se, ainda, que na legislação civilista, além do desforço imediato, existe a previsão de outros meios de defesa de direitos os quais autorizam a pessoa que teve seu direito violado a utilizar-se de seus próprios meios para pôr fim à lesão, como o embargo extrajudicial de nunciação de obra nova, entre outros.

Destarte, viu-se que é de fundamental importância a existência deste instituto, pois apesar do o Estado através do judiciário tomar para si o dever de dizer o direito, o momento em que tal decisão possa vir a ser proferida, tal posse já poderá ter sofrido dano. Ou seja, o risco de dano contra a posse era tão iminente que somente com o uso do meio extrajudicial fará surtir efeitos de preservação.

Nesse sentido, trabalhou-se o quesito imediatidade, que é o fundamento para a aplicação do desforço imediato, pois o ato contra a posse é tão iminente que não há tempo para recorrer ao auxílio do judiciário, devido ao fato de que por mais célere que seja a decisão

do judiciário, o ato atentatório precisa ser repellido no momento em que se consuma, ou seja, de imediato.

Por fim, conclui-se que a jurisprudência pátria ainda considera o instituto do desforço imediato como necessário e alternativo à atuação jurisdicional, tanto é que existe tal previsão no ordenamento jurídico. Contudo, julgadores e doutrinadores alertam para os limites impostos ao ato de desforço, uma vez que entre este e a configuração de um ilícito civil e até mesmo penal, existe uma linha tênue que os separa e, muitas vezes, torna-se difícil diferenciá-los.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: de 5 de outubro de 1988, índice remissivo. São Paulo: Atlas, 1988.

\_\_\_\_\_. **Código civil**: lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF Câmara dos Deputados, 2002.

\_\_\_\_\_. Código de Processo Civil. Colaboração de Antonio L. de Toledo Pinto, Márcia V. dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CENEVIVA, Walter. **Lei dos registros públicos comentada**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral do processo**. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006. 4. v.

DOWER, Nelson Godoy Bassil. **Curso moderno de direito Civil**. 2. ed. São Paulo: Nelpa, 2004. 4. v.

GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 19. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009. 5 v.

JHERING, Rudolf von. **A teoria simplificada da posse**. São Paulo: J. Bushatsky, 1976.

LEONEL, Vilson; MOTTA, Alexandre de Medeiros. **Ciência e pesquisa**: livro didático. 2. ed. rev. e atual. Palhoça: UnisulVirtual, 2007.

LOUREIRO FILHO, Lair da Silva; LOUREIRO, Claudia Regina Magalhães. **Notas e registros públicos**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.



LUZ, Valdemar P. da. **Direito imobiliário: fundamentos teóricos e práticos**. 4. ed. rev. e ampl. Florianópolis: OAB/SC, 2005.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Código de processo civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo, leis processuais civis extravagantes anotadas**. Barueri: Manole, 2006.

MARANHÃO. Tribunal de Justiça. **Execução Fiscal n. 230202006**. Relator: Des. JOAO SANTANA SOUSA, São Luis, 12 de setembro de 2006. Disponível em: <[http://www.tjma.jus.br/site/cons/proc1g/vw\\_proc1g.php?valor=230202006](http://www.tjma.jus.br/site/cons/proc1g/vw_proc1g.php?valor=230202006)>. Acesso em: 10 mai. 2011 .

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 2005.003711-2**. Relator: Des. JOÃO MARIA LÓS, Campo Grande, 14 de julho de 2008. Disponível em: <<http://www.tjms.jus.br/cposg/pcpoResultadoConsProcesso2Grau.jsp?&CDP=010002XLL000&nuProcesso=2005.003711-2> ->. Acesso em: 30 abr. 2011 .

MEIRELLES, Hely Lopes *et al.* **Direito administrativo brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2001.

MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Curso de direito civil: Direito das coisas**. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 3. v.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil anotado e legislação extravagante**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. São Paulo. 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direitos reais**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 70040986036**. Relator: Desa. NARA LEONOR CASTRO GARCIA, Porto Alegre, 25 de janeiro de 2011. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70040986036&num\\_processo=70040986036&codEmenta=4058953&temIntTeor=true->](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70040986036&num_processo=70040986036&codEmenta=4058953&temIntTeor=true->)>. Acesso em: 08 mai. 2011.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 70038413449**. Relator: Desa. LIEGE PURICELLI PIRES, Porto Alegre, 25 de agosto de 2010. Disponível em:

<[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70038413449&num\\_processo=70038413449&codEmenta=4071022&temIntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70038413449&num_processo=70038413449&codEmenta=4071022&temIntTeor=true)>. Acesso em: 30 abr. 2011 .

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Apelação n.** 70016761660. Relator: Des. MARIO ROCHA LOPES FILHO, Porto Alegre, 04 de setembro de 2006. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70016761660&num\\_processo=70016761660&codEmenta=1955611&temIntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70016761660&num_processo=70016761660&codEmenta=1955611&temIntTeor=true)>. Acesso em: 14 mai. 2011.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Apelação n.** 70037102951. Relator: Desa. LIEGE PURICELLI PIRES , Porto Alegre, 17 de junho de 2010. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70037102951&num\\_processo=70037102951&codEmenta=4119188&temIntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70037102951&num_processo=70037102951&codEmenta=4119188&temIntTeor=true)>. Acesso em: 14 mai. 2011.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Apelação n.** 70023043987. Relator: Des. PAULO ROBERTO LESSA FRANZ , Porto Alegre, 01 de fevereiro de 2008. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70023043987&num\\_processo=70023043987&codEmenta=2306004&temIntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70023043987&num_processo=70023043987&codEmenta=2306004&temIntTeor=true)>. Acesso em 13 mai. 2011 .

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das coisas:** lei nº 10.406, de 10.01.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil:** direito das coisas. 28. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

SILVA, De Plácido. **Vocabulário Jurídico.** 27. ed. Editora Forense 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** direitos reais. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.