

**XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO  
CONPEDI BELÉM – PA**

**DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO**

**ROBERTO SENISE LISBOA**

**ALEXANDRE PEREIRA BONNA**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria – CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

**Vice-presidente Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

**Secretário Executivo** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

**Representante Discente – FEPODI**

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

**Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

**Secretarias:**

**Relações Institucionais**

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

**Relações Internacionais para o Continente Americano**

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

**Relações Internacionais para os demais Continentes**

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

**Eventos:**

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFMS – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

**Comunicação:**

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

**Membro Nato** – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

Direito civil contemporâneo [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA

Coordenadores: Roberto Senise Lisboa; Alexandre Pereira Bonna – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-834-9

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28: 2019 :Belém, Brasil).

CDU: 34



# XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

## DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

---

### **Apresentação**

Uyara Vaz Da Rocha Travizani e Roselaine Andrade Tavares apresentaram artigo intitulado “CRÍTICAS ÀS ALTERAÇÕES TRAZIDAS AO CÓDIGO CIVIL POR MEIO DA LEI Nº 13.146/2015 (ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA)”, discorrendo sobre os desafios de lidar com a capacidade plena das pessoas com deficiência mental, defendendo que tal proposição pode prejudicar a proteção dessas pessoas.

Isabel Soares da Conceição e Jadir Rafael da Silva Filho, com a pesquisa intitulada “FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL: POSSIBILIDADES DE CONFIGURAÇÃO E EFEITOS DAS FUNÇÕES PREVENTIVA E PUNITIVA NO BRASIL”, refletindo sobre se são possíveis as funções preventiva e punitiva no Brasil e, caso sejam, seus efeitos.

Alexandre Pereira Bonna apresentou trabalho com o título “FUNDAMENTAÇÃO FILOSÓFICA DO DIREITO À PRIVACIDADE NO CONTEXTO DA ERA DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO”, aprofundando a relação dos bens humanos básicos com o direito à privacidade e discutindo os desafios de proteção no âmbito da sociedade da informação.

Mayara Andrade Soares Carneiro e Jorge Shiguemitsu Fujita debateram no artigo “O DIREITO DE AUTOR E A OBRA CINEMATOGRAFICA NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO” os desafios dos direitos autorais na era da sociedade da informação.

Ramon Silva Costa e Samuel Rodrigues de Oliveira apresentaram o artigo intitulado “OS DIREITOS DA PERSONALIDADE FRENTE À SOCIEDADE DE VIGILÂNCIA: PRIVACIDADE, PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E CONSENTIMENTO NAS REDES SOCIAIS”, buscando compreender como as redes sociais afetam os direitos da personalidade.

João Vitor Penna e Silva discute, no artigo “OS LIMITES DA CLÁUSULA GERAL DO DANO MORAL NA TUTELA DA PESSOA”, dois modelos jurídicos de Direitos de Danos em Direito Comparado, a cláusula geral e o torts, demonstrando como a indefinição

legislativa dos interesses protegidos pelo sistema de Responsabilidade Civil, inerente ao modelo de cláusula geral, implica em dificuldades na delimitação de um conceito de dano moral.

Kenia Rodrigues De Oliveira e Karina Martins aprofundam a discussão sobre a “REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA: UM OLHAR PELA LEI 13.465/2017 QUANTO ÀS ESPÉCIES DE CONDOMÍNIO”, explicando as espécies de condomínio que surgiram com a Lei 13.465/2017 e buscando responder quais os reflexos jurídicos surgirão caso a Lei 13.465/2017 seja considerada inconstitucional?

Lucas Sarmiento Pimenta apresentou a “RESPONSABILIDADE CIVIL DO PRÁTICO: MEDIDAS PROFILÁTICAS À LUZ DO DIREITO COMPARADO, DAS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS E DA BOA DOUTRINA MARITIMISTA” debatendo a extensão da responsabilidade civil do prático, assim como em quais casos ela será solidária.

Por fim, Diogo Oselame Pereira Boeira , Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão, no trabalho chamado “TESTAMENTO VITAL E DIGNIDADE: A MANIFESTAÇÃO ANTECIPADA PARA O MOMENTO DO ENFRENTAMENTO DA PARTIDA”, refletindo sobre a dignidade da pessoa humana e autonomia privada no tocante ao testamento vital, sobre como deseja viver seus últimos dias de vida.

Alexandre Pereira Bonna - UFPA

Roberto Senise Lisboa – FMU

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - [publicacao@conpedi.org.br](mailto:publicacao@conpedi.org.br).

# **A AUTOTUTELA PARA A DEFESA DA PROPRIEDADE E DA POSSE À LUZ DA FUNÇÃO SOCIAL**

## **THE SELF-DEFENSE FOR PROPERTY AND OWNERSHIP DEFENSE CORRELATED TO SOCIAL FUNCTION**

**Carlos Eduardo Artiaga Paula  
Junia Gonçalves Oliveira**

### **Resumo**

Visa-se verificar, por meio de estudos teórico-bibliográficos, a contemporânea noção doutrinária acerca de função social da propriedade e da posse, bem como a correlação existente com o fenômeno da autotutela. Em termos específicos, o trabalho objetiva proceder ao estudo da figura do desforço imediato na proteção patrimonial, cotejando-o com os institutos da posse, da propriedade e da função social. Enfim, anseia-se por investigar a relevância de algumas máximas, por meio do método de pesquisa dedutivo, a exemplo do dever de segurança jurídica e do devido processo legal, perante a permissão da autotutela amparada pelo sistema jurídico brasileiro.

**Palavras-chave:** Propriedade, Posse, Autotutela, Desforço imediato, Função social

### **Abstract/Resumen/Résumé**

It intends to verify, through theoretical and bibliographical studies, the contemporary doctrinal notion of social function related to property and ownership, as well as the correlation with the phenomenon of self-defense. Specifically, this work aims to study the figure of immediately vengeance in protecting of property, comparing it with the institutes of possession and social function. Anyway, this research looks up to investigate the relevance of certain maxims, through the deductive search method, such as the duty of legal certainty and the respect for due process of law, linked to the legal permission of self-defense in the Brazilian law system.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Property, Possession, Self-defense, Immediate vengeance, Social function

## **1. INTRODUÇÃO**

Ao se analisar a funcionalização da propriedade na Constituição Federal hodierna, constata-se tratar-se de típico direito e garantia fundamental inerente ao ser humano. Bem assim, a posse enquanto poder de fato passível de ser exercitado também o seria, a exemplo de uma de suas projeções - o direito à moradia, também de matriz constitucional e igualmente um direito fundamental.

Portanto, com espeque nesta perspectiva jurídica é que se desenvolverá o estudo ora apresentado, colocando-se em relevo os institutos da propriedade e da posse, bem como trabalhando com a ideia de função social e, objeto do presente trabalho, discorrer sobre um dos interessantes efeitos jurídicos resultantes daqueles dois primeiros: a possibilidade de exercício da autotutela em sua defesa, albergada, inclusive, pela ordem jurídica nacional (desforço imediato). Para tanto, utilizar-se-ão os métodos dedutivo e histórico, procedendo-se inicialmente a uma análise retrospectiva do direito de propriedade e seu respectivo exercício, ressaltando-se ainda a ideia de função social, no âmbito do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Após, abordar-se-ão de forma genérica contornos jurídicos do direito de propriedade e da função social, ressaltando-se preponderantemente o viés econômico que circunda essas mencionadas figuras jurídicas. Em continuidade, a posse será objeto de análise em que serão trazidas a lume, inclusive, as teorias explicativas acerca da natureza jurídica do fenômeno possessório, discussão de considerável monta dentro da temática ora trabalhada.

Por fim, discorrer-se-á sobre o fenômeno da autotutela, consubstanciada na prática do desforço imediato, para a defesa da posse e da propriedade e da repercussão jurídica da respectiva norma permissiva com relação à mencionada prática.

## **2. ANÁLISE HISTÓRICA DO DIREITO DE PROPRIEDADE E SUA FUNÇÃO SOCIAL**

A propriedade é um dos direitos fundamentais individuais do Estado Democrático de Direito Brasileiro, consagrado no inciso XXIII do art. 5º da Constituição Federal de 1988: “a propriedade atenderá a sua função social”. Tal direito constitui também uma das bases para a ordem econômica e financeira prevista pela Magna Carta, no inciso II do art. 170, segundo o qual, “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social,

observados os seguintes princípios [...] II - propriedade privada”. Observa-se, destarte, uma conotação individual e social da propriedade, cujo equilíbrio resultou de uma construção histórica da humanidade e consequente organização da sociedade capitalista brasileira em torno desse fundamental direito.

Os primeiros registros sobre o direito de propriedade remontam à sociedade romana, que tratava esse direito intimamente ligado à religião e ao misticismo: acreditava-se que os deuses romanos eram seus antepassados falecidos que não iam para o céu, mas continuavam vivendo no mesmo local que ocupavam quando vivos. Esses deuses apropriavam-se do solo e não podiam ser desalojados. Assim, ao se preservar a propriedade familiar, era possível enterrar seus antepassados, prestar-lhes culto e também manter a família, no que Nogueira (2010, p. 119-120) bem alude a respeito:

Essa religião doméstica tinha como núcleo o culto aos mortos, que eram os deuses “lares” protetores da família e só por ela poderiam ser adorados, sendo representados pelo fogo sagrado, que existia em todas as casas. O fogo sagrado era a providência da família, protegendo somente os seus. Esse culto não era público, todas as cerimônias eram celebradas apenas entre os familiares e possuía um caráter obrigatório além de secreto. Ninguém que não fosse da família podia presenciar tais ritos, nem tampouco avistar o fogo sagrado. O primeiro filho era encarregado de continuar o culto aos ancestrais; se deixasse de fazê-lo, traria, com sua conduta, infelicidade e morte para a família. Estabelecia-se, assim, um poderoso laço, unindo todas as gerações de uma mesma família. [...] A religião doméstica – baseada no culto aos mortos -, ao determinar a existência, em cada casa, de um lar com o fogo sagrado sempre aceso, e a reunião diária da família em torno dele para a adoração aos seus deuses, demonstra que o que caracteriza a família é a possibilidade de cultuar e adorar os mesmos deuses, sob o princípio da autoridade paterna.

Por ser um direito divino dos romanos, a propriedade, assim como a família e a religião, não podia ser dissolvida, seja por deliberação do povo ou dos governantes. Dava-se mais importância aos direitos inerentes à vida privada do que as formas de governo, que eram muito instáveis. Por consequência, sendo um direito que conferia ao dono a prerrogativa de relacionar-se diretamente com a coisa, podendo usá-la (*jus utendi*), fruir (*jus fruendi*) e dispor dela (*jus abutendi*) como bem lhe conviesse, a propriedade era acometida de um caráter absoluto, no sentido de que não possuía limitação: era considerada absoluta por tratar-se de um direito real em que a relação entre o titular e a coisa é direta, distinto dos direitos obrigacionais em que a relação entre o titular e a coisa é indireta, pois, entre eles, há o dever.

Esse direito era tão importante aos romanos que uma sociedade ideal, defendida por Aristóteles, seria classificada de acordo com a propriedade privada (COMPARATO, 2012). Ainda, consideravam-se direito de propriedade muitos bens que hoje são reconhecidos como direitos fundamentais, dissociados da propriedade privada. O próprio corpo humano era um consectário de propriedade, passível até de ser comercializado: aquele que não saldasse as suas dívidas, podia ser tomado por escravo a prestar serviços compulsórios até saldar seu débito.

Contudo, embora o dono possuísse inúmeros direitos em relação à coisa possuída - inclusive no caso do solo, tinha o domínio do subsolo e do espaço aéreo -, isso não implicava na ausência de restrições ao direito de propriedade: havia limitações de ordem objetiva, que submetiam a vontade do proprietário ao interesse e bem-estar da sociedade. Iniciava-se a sistematização da função social da propriedade, cuja lógica foi bem exemplificada por Fiúza (2009, p. 747):

[...] para que uma pessoa possa considerar-se titular de um bem, é necessário que existam outras pessoas, que não detenham qualquer direito sobre esse bem. Em outras palavras e exemplificando, só posso me considerar dono de um bem, em face de outras pessoas que não são donas desse bem. Se morasse numa ilha deserta, não seria dono de nada. Se digo que uma coisa é minha, é porque não é dos outros. Se não houvesse outros, não faria qualquer sentido dizer que a coisa é minha. Assim, conclui-se que as relações jurídicas reais estabelecem-se entre o titular de direito sobre um bem e os não-titulares de direito sobre esse bem. Confrontam-se, portanto, titular e não-titulares. Só há titular, por haver não-titulares. Só se pode falar, por exemplo, em dono, em confronto com "não-donos".

Observa-se, destarte, que o direito romano não considerava a propriedade privada somente em relação ao dono, mas também em relação a terceiros (FIÚZA, 2009, p. 766). Os romanos consideravam os efeitos da propriedade em relação aos outros ainda que por motivos religiosos. Havia, também, restrições à propriedade do solo, que era inalienável e indivisível, bem como regulamentação dos direitos de vizinhança, usucapião e até as servidões prediais. Verifica-se que, ainda de forma modesta, buscava-se nas relações de propriedade proteger o “outro”, compreendido como aquele que não possuía o domínio.

Essa concepção mítica de propriedade não sobreviveu à expansão romana e ao sincretismo cultural com outros povos. A propriedade, de um caráter sagrado, passou a ser compreendida como uma coisa, o que possibilitou a ocupação humana dentro e fora das muralhas da polis. Com as invasões bárbaras, a propriedade foi transferida a uma pequena classe detentora do poderio militar, denominada de senhores feudais, que passaram a manter o

poder sobre determinada região. Com a drástica redução dos conflitos bárbaros, fomentou-se o crescimento da população e da produção, sobretudo com a criação de novas ferramentas como a foice e a enxada. Esse acréscimo de produção era comercializado em pequenas cidades, denominada burgos. Daí, o nome burguesia que, *a priori*, era a denominação conferida aos comerciantes dos burgos. Nesse período histórico, a propriedade era estanca e conferida à classe dos senhores feudais, que transferiam seu domínio aos seus descendentes. A estratificação de classes era rígida e a mobilidade social muito modesta.

A intensificação do comércio tornou inapropriado o antigo regime feudal. Como os Senhores Feudais exerciam o poder em sua região como bem entendessem, não havia uma unificação de moedas, normas e tributos, o que dificultava a propagação do comércio. Logo, mais conveniente seria a unificação dos feudos, mediante a delegação dos poderes a um Rei ou Soberano, que detinha amplos e elevados poderes. Esse novo período histórico, conhecido como absolutismo, teve como uma de suas classes dominantes o clero, advindo, sobretudo, da igreja católica, pelo que a concepção de propriedade privada foi intimamente relacionada a valores religiosos. Assim, reprimia-se, ao máximo, vincular a propriedade à exploração capitalista do lucro e da usura.

Nesse contexto, passou-se a considerar de modo mais claro o não dono nas relações de propriedade, de modo a poder se falar em uma concepção propedêutica de função social da propriedade, difundida por Santo Tomás de Aquino (2003): para o religioso, a propriedade consubstancia-se em duas finalidades, quais fossem a satisfação das necessidades pessoais do proprietário e a distribuição dos excessos para satisfação das necessidades dos demais indivíduos da sociedade. Calcada no preceito de caridade, tal noção trazia ínsita a noção de solidariedade cristã de que se deve partilhar o supérfluo, o que também era defendido por Santo Agostinho.

Contudo, o absolutismo também passou a ser inconveniente para a nova classe emergente de comerciantes, denominada burguesia: como no referido regime político grandes poderes eram concentrados na mão do Soberano, que tudo podia, este passou em algumas situações a confiscar a propriedade privada de forma direta ou mediante a imposição de um ônus tributário excessivo. Na concepção de Thomas Hobbes, que forneceu a base filosófica do referido regime, o Soberano tudo podia e não se vinculava ao povo, à lei ou sequer ao parlamento - o Estado estava acima da lei -; daí, o Soberano podia, a seu arbítrio, apropriar-se dos bens dos súditos. Esse comportamento gerava grande insatisfação não apenas entre a burguesia, mas também entre a nobreza (COMPARATO, 2012).

Em face disso, na Inglaterra, a instituição da Carta Magna de 1215 é um símbolo do inconformismo nobre da conduta do Rei em expropriar a propriedade sem a devida retribuição: a nobreza restringiu os poderes do monarca, entre outros quanto à interferência no direito de propriedade. Entre outras disposições, a Magna Carta Inglesa (1215) determinava que o Rei não poderia criar tributações sem antes ser autorizado:

14. E para consultar o conselho comum do reino a respeito do estabelecimento de outros tributos que não os três casos acima mencionados, ou para o estabelecimento da scutage, faremos notificar os arcebispos, os bispos, os abades, os condes, e maiores barões, individualmente, por carta nossa; e, além disso, faremos notificar em geral, por meio dos nossos sheriffs e bailios, todos aqueles que, como chefes, de nós receberam benefícios para um dia fixado, a saber, quarenta dias pelo menos após a notificação, e num lugar fixado. E em todas as cartas de tais notificações explicaremos as suas causas. Sendo feitas as notificações, proceder-se-á no dia indicado conforme o conselho daqueles que estiverem presentes, mesmo que nem todos os que foram notificados compareçam. (MAGNA CARTA, 1215, p.2-3).

As revoluções liberais burguesas definitivamente colocaram um fim aos poderes absolutos do rei, o que permitiu a consagração de ideais, como liberdade, igualdade e fraternidade. Esses valores supremos, contudo, travestiam os reais interesses da burguesia que consistiam apenas na consagração da propriedade privada. Eram livres, iguais e solidários apenas aqueles detentores da propriedade. Por outro lado, os não-donos, destituídos de direitos, quedavam-se à margem do sistema social.

Com o liberalismo econômico e com a consolidação da burguesia, a propriedade privada passa a ser sustentada filosoficamente por John Locke que concebia os demais direitos como corolários da propriedade, inclusive a vida e o corpo humano. Essa concepção é ratificada por Rousseau que consagra a propriedade como um bem supremo, superior, inclusive, ao direito de liberdade (COMPARATO, 2012). Nessa conjuntura histórica, o que distinguia uma classe da outra era justamente a propriedade. Os proprietários eram os burgueses e os não-proprietários eram os proletários, cujo único bem era a força de trabalho.

Foi no âmago da Revolução Industrial que o direito de propriedade passa por uma de suas maiores crises. Chegou-se à conclusão de que as promessas de liberdade, igualdade e fraternidade, difundidas pelas revoluções burguesas, tinham apenas um aspecto formal, discursivo e retórico, pois, na prática, esses direitos não eram efetivados. A propriedade continuava nas mãos de uma classe dominante, enquanto os demais cidadãos estavam desamparados. O Estado, tido como mínimo e que não devia jamais influir nas relações sociais, também estava desacreditado, já que acabava sendo apropriado pela classe proprietária.

Essa crise por que passou a propriedade possibilitou uma releitura desse direito, inicialmente realizada por León Deguit no século XIX, não mais atrelado exclusivamente à vontade do dono, que podia fazer tudo que não prejudicasse outrem, ou seja, que tinha a prerrogativa de não fazer nada com a sua propriedade. Verificou-se que a propriedade deveria satisfazer não apenas o dono, mas também à sociedade, pois os direitos só têm razão de ser quando possuem uma missão ou uma função social. A respeito e citado por Fiúza (2009, p. 763), bem observa Sussekind: “o proprietário, ou melhor, o possuidor de uma riqueza tem, pelo fato de possuir essa riqueza, uma função social a cumprir; enquanto cumpre essa missão, seus atos são protegidos”.

Assim, mais do que um direito, a propriedade passou a ser vista como um instrumento ou meio para a consagração de outros direitos. Concluiu-se que os direitos sociais, uma das classes indispensáveis para a consagração prática da dignidade humana, necessitam de substrato material para serem efetivados. O típico exemplo desse ideal foi a II Conferência das Nações Unidas, realizadas em Istambul, cuja pauta foi o assentamento de colonos, a qual concluiu que existe o direito autônomo à moradia; todavia, para ser efetivado, era necessário também a conferir o direito de propriedade ou, ao menos, a posse do bem. A referida Conferência inspirou a Lei do Inquilinato brasileira (Lei 8.245/91), que consagrou direitos aos locatários válidos inclusive contra o próprio dono. Essas relações locatícias são um curioso exemplo de direitos pessoais (ou obrigacionais): podem se impor no mesmo nível que os reais, outrora tidos como absolutos. Viu-se que o direito pessoal dos Inquilinos à moradia própria e familiar, por cumprir uma função social, pode, em algumas situações, conflitar com o direito do próprio dono. Em outras palavras, viu-se que o direito de propriedade precisava se adequar às necessidades da coletividade, exercendo, portanto, uma função social.

## **2. CONCEPÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE E DE SUA FUNÇÃO SOCIAL**

Precisar o que se entende por propriedade é uma tarefa complexa. Se se tentar compreendê-la a partir do dono incorrer-se-á em erro: não há como apurar, dentre os diversos proprietários existentes, elementos comuns suficientes para se delimitar o conceito de propriedade. Apesar de saber-se que proprietário é uma pessoa, física ou jurídica, singular ou coletivamente considerada, ainda assim não há um consenso pleno na qualificação do proprietário como pessoa, face à existência de entes despersonalizados.

Se é difícil compreender a propriedade em relação ao dono, mais árdua é tentar concebê-la a partir do objeto – a coisa apropriada. Na análise da coisa, há ainda mais particularidades que impossibilitam traçar elementos comuns: as coisas podem ser fungíveis e infungíveis; corpóreas e incorpóreas; animadas (como os animais) ou inanimadas; duráveis ou consumíveis, dentre várias outras classificações.

Portanto, a compreensão do direito de propriedade reside justamente no modo em que o dono se relaciona com a coisa. Quando se observa alguém usando um computador, lendo um livro ou comendo uma maçã, diz-se que aquela pessoa é dono dos mencionados objetos. Semelhantemente, ao se observar alguém vendendo um carro, conclui-se que essa pessoa é dona do carro. Assim, infere-se a propriedade por meio de alguns comportamentos, comumente exercidos pelo dono que são usar, gozar, dispor e reivindicar, consoante disposto no art. 1.228, caput, do Código Civil.

Na verdade, dissecar o direito de propriedade em comportamentos não a define nem a conceitua, pelo contrário, somente demonstra a complexidade desse conceito e a incapacidade dos pensadores de apreendê-lo. Não é esse, contudo, o grande problema do direito de propriedade: a grande dificuldade cinge-se em relacionar, no conceito clássico de propriedade, a sua função social, constitucionalmente prevista no art. 5º, inc. XXIII. Seria a função social um elemento do direito de propriedade? Seria uma limitação? Ou seria o próprio direito de propriedade? Em outras palavras, existe propriedade sem função social?

Ressalte-se inicialmente que não se pode negar a grande influência que a noção de função social exerce no direito de propriedade: além de previsões constitucionais (art. 5º, inciso XXIII; 182, § 2º; 187; entre outros), há exaustiva legislação infraconstitucional sobre o assunto. O § 1º do art. 1.228 do Código Civil estabelece que a propriedade deve ser exercida de acordo com as finalidades econômicas e sociais, preservando-se o meio ambiente, bem como o patrimônio histórico e artístico. A Lei nº 10.257/01 (Estatuto da Cidade) regula a propriedade urbana em conformidade com os interesses da coletividade, o bem-estar humano, a segurança e o equilíbrio ambiental. Portanto, não se pode limitar a função social a uma norma programática. Essa conclusão já rejeita a concepção de determinados doutrinadores de que a função social é apenas uma diretriz ou um programa, dirigido aos agentes públicos sobre o modo como a propriedade deve ser conduzida.

Outros, contudo, tratam o conceito de função social extrínseco à propriedade de modo que aquela se exterioriza como uma limitação a este direito. Assim, pode-se exercer o direito de propriedade - ou não exercê-lo, apenas deixá-lo estagnado - conforme o arbítrio do dono, desde que não prejudique outros. Esse entendimento é fruto da concepção liberalista –

portanto, privatista e individualista - do direito privado de que, na ausência de proibição, o ato é permitido; ou ainda a noção de atributividade, em que o direito subjetivo somente poderá ser exercido até o limite de não ofender o direito alheio.

A noção liberal de propriedade passa a ser criticada na contemporaneidade, sobretudo diante da influência do Estado Social. Conforme já mencionada, essa concepção, inspirada na Doutrina de Duguit, pregava a propriedade intimamente ligada à função social, à qual deveria servir, ou seja, a propriedade somente seria admissível se atendesse aos anseios coletivos ou da sociedade (daí a denominação de função social). Silva (2005, p. 283) ratifica esse entendimento, defendendo que toda a forma de propriedade deve ser intrinsecamente ligada ao princípio da função social. Comparato (2012) menciona existirem duas formas de propriedade – uma que atende à função social e outra não. Logo, somente deve ser tratada como um direito digno de proteção à luz dos preceitos da dignidade humana, a propriedade que exerça sua função social. Confira-se:

Tirando essas hipóteses, claramente definidas na Constituição, é preciso verificar, *in concreto*, se se está ou não diante de uma situação de propriedade considerada como direito humano, pois seria evidente contrassenso que essa qualificação fosse estendida ao domínio de um latifúndio improdutivo, ou de uma gleba urbana não utilizada ou subutilizada, em cidades com sérios problemas de moradia popular. Da mesma sorte, é da mais elementar evidência que a propriedade do bloco acionário, com que se exerce o controle de um grupo empresarial, não pode ser incluída na categoria dos direitos humanos [...]. Escusa insistir no fato de que os direitos fundamentais protegem a dignidade da pessoa humana e representam a contraposição da justiça ao poder, em qualquer de suas espécies. Quando a propriedade não se apresenta, concretamente, como garantia da liberdade humana, mas, bem ao contrário, serve de instrumento ao exercício de poder sobre outrem, seria rematado absurdo que se lhe reconhecesse o estatuto de direito humano, com todas as garantias inerentes a essa condição, notadamente a de uma indenização reforçada na hipótese de desapropriação (COMPARATO, 2012, p. 5).

Com efeito, nem sempre a propriedade tem um papel ou uma missão na sociedade ou na coletividade: por vezes, é muito maior o caráter patrimonial do que o humanístico, diminuindo-se assim o mister social do exercício da propriedade pelo titular. Ato contínuo, lícito é concluir que não somente sempre a propriedade serve-se ao bem da coletividade, podendo restringir-se em alguns casos à única satisfação dos interesses do titular do direito: uma pessoa pode ter uma chácara para seu exclusivo lazer e deleite aos finais de semana, ou utilizar seu imóvel para cultivar plantas nativas.

Contudo, não se diga que haveria duas espécies de propriedade - uma que atenderia à função social e outra não: essa interpretação estaria em confronto direto com a disposição constitucional, contida no inciso XXIII do art. 5º, clara no sentido de que (toda) a propriedade atenderá a sua função social. Embora nos dois exemplos supramencionados (chácara para lazer e imóvel para o cultivo de plantas nativas) não haja *prima facie* um direito da coletividade envolvido, há em contrapartida outros direitos fundamentais envolvidos, como o direito ao lazer (art. 6º, caput, CF/88) e à liberdade (art. 5º, caput, CF/88). Uma interpretação mais adequada, portanto, seria a de que a função social estaria atendida quando a propriedade observasse os direitos consagrados pela Constituição.

Um extremo desta interpretação, contudo, poderia levar a noções absurdas de que inúmeras glebas de terra improdutivas estariam em conformidade com a função social, já que atenderia o direito de liberdade do proprietário. A fim de evitar esses extremos, deve a função social da propriedade ser aplicada e interpretada diante das especificidades de cada caso concreto, considerando-se os demais direitos fundamentais explícitos ou implícitos no ordenamento jurídico pátrio, notadamente os preceitos da razoabilidade e proporcionalidade.

Conceber a função social da propriedade como o respeito aos direitos fundamentais consagrados na Constituição permite conciliar a concepção de que a função social integra a figura da propriedade, residindo na parte interna deste direito. É dizer: somente haverá propriedade em consonância com o paradigma da dignidade humana quando se realiza a sua função social; caso contrário, a propriedade será tratada como um mero direito afeto ao caráter patrimonial.

Ademais, conceber, como critério metodológico a função social da propriedade a partir de situações concretas permite adequá-la às diversas espécies de bens que exercem. Há vários objetos de incidência da propriedade, como os imóveis urbanos, rurais, terras indígenas, os bens móveis e imóveis, fungíveis e infungíveis, dentre tantos outros, sendo que todos eles, uma vez objetos do *ius utendi, fruendi, abutendi et disponiendi*, devem atender a sua função social. Logo, diante da diversidade de espécies de propriedade existentes, somente é possível conceber o conceito de função social quando se analisa o objetivo para o qual a propriedade está sendo exercida: a incidência da função social seria diretamente proporcional à importância do respeito ao princípio da dignidade humana no exercício do direito da propriedade; quanto maior a influência deste, maior a incidência daquela.

Em outras palavras: a função social será mais incidente quando a dignidade humana se fizer mais incisiva. Quando alguém utilizar seu terreno vago para fazer queimadas, obviamente estará prejudicando aos vizinhos e assim descumprindo a função social; lado

outro, quando alguém compra um carro para fins de revenda, pouco ou nada se confere ali a observância à dignidade humana e assim a função social em razão do nítido caráter mercantil do negócio jurídico.

### **3. CONSIDERAÇÕES SOBRE A POSSE**

O Código Civil Brasileiro de 2002 já traz em seu bojo o conceito de posse. O art. 1.196 estabelece como possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de alguns dos poderes inerentes à propriedade, que são usar, fruir, dispor e reivindicar. Assim, o exercício de qualquer um desses direitos implicará em posse.

Muito se questiona em sede doutrinária e jurisprudencial se a posse constitui um fato ou um direito. Agrupam-se em três vertentes os pensadores que buscam dar uma resposta a tal questão. Uns entendem ser a posse uma situação de fato, da qual decorrem direitos e deveres que são efeitos da posse. “Por situação de fato não se entenda situação não acolhida pelo Direito Positivo, mas situação oriunda de conjunto dinâmico de fatos jurídicos, que irá consistir numa relação jurídica” (FIÚZA, 2009, p. 866).

Outros defendem a posse como um direito subjetivo que decorre e somente existe a partir de um fato. Por fim, a terceira vertente defende ser a posse fato e direito, ou seja, a posse advém de um fato, mas, por possuir consequências jurídicas, a posse também se trata de um direito.

Todos os três posicionamentos são alvos de severas críticas. Os que defendem a posse como fato são criticados por reduzir e minimizar a relevância da posse, sobretudo na conjuntura sócio-econômica brasileira em que a propriedade se encontra concentrada nas mãos de poucos. Ademais, em uma concepção lógica, a posse precede à propriedade por primeiramente os homens ocuparem a terra para depois se organizarem juridicamente e institucionalmente para converter essa ocupação em propriedade. Portanto, reduzir a posse a um fato implica, visivelmente, em excluí-la do mundo do direito.

Os dois últimos posicionamentos são criticados por considerar a posse apenas no âmbito do indivíduo, sem considerar a sociedade e a coletividade, desprezando-se portanto a função social da posse. Outrossim, os tribunais também oscilam entre as três vertentes, embora nos Tribunais Superiores observe-se uma aproximação do primeiro entendimento, que compreende a posse como fato.

Outros criticam a mencionada diferenciação, pois tal debate torna-se irrelevante quando se analisa a gritante desigualdade social brasileira e a falta de condições materiais (como o acesso à posse) para se consagrar os direitos fundamentais. Alfonsin (2009, p. 175) bem observa a propósito que a discussão sobre ser a posse um fato ou um direito perde sentido “[...] quando a falta de acesso das pessoas àquelas que são indispensáveis à vida põe em risco ou elimina esse direito. [...] O direito à vida somente pode ser compreendido, garantidos os meios de vida”.

Inobstante, cediço é que o debate sobre a natureza jurídica da posse perde a relevância, uma vez que chega-se ao consenso que dela decorre o direito de autodefesa. Até porque, em algumas hipóteses a Lei determina que não há a caracterização da posse, de modo que a ocupação se reduz a uma mera detenção – como nos casos dos arts. 1.198 e 1.208 do Código Civil, quando por exemplo do empregado que vigia o imóvel do patrão ou que conduz o veículo de seu empregador, ou quando se constatam atos de mera permissão, de tolerância, os violentos e os clandestinos, enquanto não cessar a violência ou a clandestinidade.

#### **4. AUTOTUTELA NA DEFESA DA POSSE E PROPRIEDADE**

Conforme já abordado, a história da humanidade caminha de mãos dadas com a construção do direito de propriedade de modo que alguns afirmam que a natureza do homem e a dignidade da pessoa humana são os fundamentos últimos desse tão relevante direito. Portanto, não é de se espantar que a proteção da propriedade seja tão essencial quanto o próprio direito: de que se adianta ter o domínio do bem se não há meios institucionais de assegurá-lo, mantê-lo ou salvaguardá-lo?

O direito de defesa nasce junto com o direito de propriedade. A concepção greco-romana de propriedade já desdobrava esse direito nos comportamentos de usar, gozar, dispor e reivindicar, sendo este último o fundamento primordial da defesa da propriedade. Não se pode olvidar, ademais, que a propriedade só possui razão de ser na sociedade humana em que há o proprietário de determinado bem e o não-proprietário desse mesmo bem.

O direito de propriedade goza em nosso ordenamento jurídico do status de absoluto justamente pelas prerrogativas que conferem ao dono de defendê-lo. O referido direito é consagrado como o direito real por excelência em razão de duas características – o efeito *erga omnes* e o direito de sequela. O primeiro (efeito *erga omnes*) implica que os direitos reais (como o de propriedade) são oponíveis a todos os não-proprietários enquanto a sequela

implica na garantia que os direitos reais possuem de se afixar e de seguir a coisa, não importando onde ou sob a posse de quem ela esteja.

O ordenamento jurídico brasileiro confere inúmeras garantias processuais para a defesa da propriedade e da posse, notadamente as ações possessórias, como a manutenção, a reintegração e o interdito proibitório. São procedimentos especiais que gozam de maior celeridade, quando comparado ao rito processual civil ordinário.

À detenção, todavia, não se confere a prerrogativa dos interditos: o detentor não pode manejar em seu benefício os instrumentos processuais dos interditos possessórios, regulamentados nos arts. 920 a 933 do CPC. Entrementes, a detenção não é desprovida de meios assecuratórios: ao detentor confere-se o direito de autodefesa, ou seja, de defender a sua detenção contra aqueles que a queiram perturbar, no que se trata de excepcional hipótese de autotutela prevista e autorizada pelo ordenamento civil brasileiro.

A autotutela é um resquício da justiça privada no ordenamento jurídico brasileiro, que ocorre quando o indivíduo pelo uso de sua própria força assegura seus direitos - ou aquilo que acredita ser seu de direito. Diz-se resquício, pois atualmente a regra é que a justiça seja realizada pelo Estado, o qual avocou para si o poder-dever de solucionar os litígios, visando à pacificação social. Esse poder-dever jurisdicional exercido pelo Estado ocorre mediante ao asseguramento às partes do contraditório e a ampla defesa, nos termos do art. 5º, inc. LV da CF. Portanto, a regra é o processo e a autotutela trata-se de situação excepcional a qual necessita de lei, autorizando-a.

São diversas as razões que justificam a autotutela. Em termos genéricos, permitem-se atos de autotutela pela impossibilidade do Estado estar presente ao mesmo tempo em todos os lugares onde haja um direito sendo violado ou na iminência de sê-lo e também pela impossibilidade de haver conciliação ou composição em todos os litígios. Outros fundamentos implícitos à autotutela são os princípios da boa-fé, eticidade e do repúdio ao abuso de direito, inerentes a todo o sistema de direito civil.

Nas hipóteses de autorização da autotutela, a ilicitude do ato encontra-se afastada por disposição legal específica, sem se olvidar, também, da disposição genérica do art. 188 do CC. Braga Netto (2003) classifica essas permissões legais como atos ilícitos autorizantes, pois permitem ao ofendido praticar ou não determinado ato de acordo com sua vontade. A voluntariedade da prática dos atos de autotutela é um elemento muito relevante para o instituto, pois os atos praticados correm por risco e conta do ofendido na posse. Assim, praticar atos de autotutela fora das hipóteses legais ou com abuso no exercício do direito pode, além de caracterizar ilícito civil, culminar em infração penal, tipificada no art. 345 do

CP. Correta, portanto, a posição de Grinover (2007, p. 18) de que a autotutela não se trata de um “cheque em branco” ao ofendido, mas é cerceado dos limites legais que, caso infringidos ou extrapolados, ensejarão em atos ilícitos indenizáveis.

Nesse sentido, os tribunais pátrios já se manifestaram:

Desforço possessório - Ato violento - Imediatidade não atendida - Requisitos do art. 502 e parágrafo único não observados. Indenização devida. O desforço para ser legítimo deve ser imediato e não pode extravasar o necessário para o afastamento do esbulho. Constitui exercício arbitrário das próprias razões o ato que não é imediato e ainda é violento, quando o interessado procura fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, se não observa os limites estabelecidos no parágrafo único do art. 502 do Código Civil de 1916. O ato torna-se ilícito e impõe a devida indenização dos danos causados. (TJMG, 2003).

TUTELA RESSARCITÓRIA - ABUSO DE DIREITO - Recurso inacolhido. Pressupõe o desforço necessário a existência de esbulho ou turbação, cujo ato, se indispensável, precisa ser imediato e chefiado pelo possuidor. Inatendidos esses requisitos, há ilícito decorrente do irregular exercício de direito, acarretando a obrigação de indenizar. (TJSC, 1990).

A autotutela não se trata de total liberdade ao ofendido, a procura por se fazer justiça pelas próprias mãos, mas deve observar os limites legais, uma vez que o exercício arbitrário das próprias razões, quando excedido em violência, se transforma em motivação para a devida indenização dos danos causados.

## **5. O DESFORÇO IMEDIATO**

Por conterem em si a hipótese de uso da força e prejuízo a outrem, as hipóteses legais de autotutela consubstanciam-se em rol taxativo, dentre as quais se destacam o direito de retenção (arts. 578; 644; 1.219; 1.433, inc. II; 1.434 do CC); o direito de cortar raízes e ramos de árvores limítrofes que ultrapassem a extrema do prédio (art. 1.283); e o desforço imediato (art. 1.210 § 1º), objeto do presente estudo<sup>1</sup> e uma das excepcionalíssimas hipóteses de autotutela admissíveis no ordenamento jurídico brasileiro, aplicável para defesa da posse no caso de esbulho. Além dos fundamentos gerais da autotutela supramencionados, no desforço imediato há outros requisitos específicos que devem ser destacados, frisando-se dentre eles a urgência.

---

<sup>1</sup> Há outros exemplos nas demais áreas do Direito. No direito administrativo, há a auto-executoriedade das decisões administrativas. No direito processual penal, há o direito de efetuar prisões em flagrante (CPP, art. 301). Por fim, no direito penal, há os atos praticados em legítima defesa ou em estado de necessidade (CP, arts. 24-25; CC, arts. 2.188, 929 e 930).

Já dito alhures, a propriedade é direito fundamental indispensável à dignidade da pessoa humana. Logo, para sua consecução, além dos instrumentos jurídico-processuais autoriza-se ao próprio titular, com o uso da própria força, defender esse tão relevante direito que lhe confere dignidade. Visa-se a preservar a propriedade do titular ameaçado por um ato de turbação ou esbulho, já que os processos judiciais, ainda que nas hipóteses de medida cautelar e liminar, são demorados.

Em outras palavras:

[...] viu-se que tão somente o julgamento por um órgão autônomo, a lume do ordenamento escrito, não seria suficiente para coibir a lesão a determinados direitos, posto que a situação emergencial reclamava uma atuação de plano. Não por outro motivo o próprio direito positivo tratou de prever estas hipóteses, i.e., situações de emergência em que se autoriza ao lesado, independentemente do socorro do judiciário, atuar na defesa do seu direito, trata-se das hipóteses que a doutrina civilista convencionou chamar de legítima defesa (MESSIAS, 1999).

Contudo, o desforço imediato não pode ser utilizado ao alvedrio do possuidor. Tanto o é que, ao conferir tal direito, a norma jurídica delimita o modo pelo qual deve ser exercício, conforme dispõe o § 1º do art. 1.210 do CC: “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”.

Infira-se que, em uma acepção literal, a expressão “por sua própria força” significa que o próprio possuidor direto deve defender a sua posse. Entrementes, a nosso ver o possuidor indireto ou até terceiros podem ir ao socorro do possuidor lesado; pensar o contrário equivaleria a compactuar ou se omitir diante de uma situação ilícita: Ora, ao observar a casa de um vizinho sendo invadida, é recomendável que seja autorizado a outrem tomar providências até que as autoridades cheguem ao socorro. Assim, não deve o art. 1.210, § 1º do CC ser interpretado em sua literalidade. “O que quis dizer foi simplesmente que o possuidor poderá fazer justiça com suas próprias mãos, não carecendo acionar o judiciário” (FIÚZA, 2009, p. 886).

Outrossim, a expressão “desde que faça logo” em princípio significa que a proteção da posse deverá ser imediata. Contudo, a interpretação do termo “logo” não é tão simples como aparenta: a defesa deve ser imediatamente após o atentado contra a posse ou, em algumas situações, admite-se o transcurso de um lapso temporal razoável? Em uma situação hipotética, se o possuidor tiver conhecimento do esbulho somente um ano após a ocorrência deste, poder-se-ia admitir o desforço imediato?

A solução para a referida questão jazera sob os ombros dos magistrados que, ao lidarem com casos concretos, deverão preencher o significado da norma. Contudo, certo é que, no caso do ausente – aqui entendido de acordo com o escólio de Fiúza (2009, p. 885), para quem o ausente de que trata o § 1º do art. 1.210 é o que “não estava presente no ato de esbulho, vindo a conhecê-lo posteriormente, quando já foi consolidado” –, só há a perda da posse a partir do instante em que este passa a ter ciência do ato ilícito, mas não faz nada, conforme art. 1.224 do CC.

Precisa-se ainda, que no uso do desforço imediato “os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição, da posse” (CC, art. 1.210, § 1º in fine). A norma jurídica traz ínsita a noção de razoabilidade e proporcionalidade no uso da autotutela possessória: se por um lado conforme o caso é lícito repelir-se o invasor desarmado pode o uso de arma de fogo - o que é possível, desde que este seja de porte físico superior ao do possuidor -, por outro lado não quer se dizer que o invasor desarmado possa ser repellido com tiros de canhão. Na verdade, novamente, incumbirá ao Juiz precisar essa expressão diante do caso concreto, considerando-se que se deve empregar a força estritamente necessária e proporcional à resistência oposta.

A doutrina traz uma observação curiosa para o instituto previsto no art. 1.210, § 1º do CC, ao afirmar que o meio para se defender contra turbações é a legítima defesa e contra o esbulho o instituto jurídico é o desforço imediato (FIÚZA, 2009). Ocorre a legítima defesa no caso de turbação, pois a autotutela do possuidor é realizada no exato momento em que o descômodo no exercício da posse está acontecendo. Também ocorre a legítima defesa na hipótese de ameaça de turbação ou esbulho em que a posse está na iminência de ser violada. Contudo, caso a posse já tenha sido esbulhada, cabe a utilização do desforço imediato que também permite o prejudicado, com o uso de suas próprias forças, retomar a sua posse, desde que o faça logo.

A explicação para essa distinção extrapola as muralhas do direito civil e se encontra no direito penal. Conforme art. 25 do CP, cabe a legítima defesa para repelir “injunta agressão, atual ou iminente”, o que se adequa à hipótese de turbação em que o descômodo da posse está ocorrendo, embora o possuidor ainda se encontre na posse da coisa. Inobstante, no caso de esbulho a lesão à posse já está consumada e o possuidor já não mais detém a posse da coisa; logo, é possível o desforço imediato para conferir ao possuidor o direito de reação e retomada da posse.

Braga Netto (2003) compreende que a classificação adequada para a autotutela para a defesa da posse é o ato ilícito autorizante, pois, em regra, os atos de autotutela são reprimidos

pelo ordenamento jurídico, como demonstra o crime de exercício arbitrário das próprias razões (art. 365 do CP). Contudo, há uma determinada norma jurídica que autoriza o comportamento de autotutela em uma específica situação, como é o caso da defesa da posse, estabelecida no art. 1.210, § 1º do CC. O referido autor complementa que:

São ilícitos cujo efeito consiste na autorização, facultada pelo sistema, ao ofendido, para praticar, ou não, a seu critério, determinado ato. No ilícito autorizante, o ordenamento relaciona ao ilícito uma autorização, que sem o ilícito não existiria. Nasce, destarte, para o ofendido, a possibilidade de praticar certo ato, como efeito do ato ilícito. (...) O donatário que for ingrato com o doador, nos termos da lei civil, pratica um ilícito, cujo efeito é possibilitar ao doador a revogação da doação (BRAGA NETTO, 2003, p. 106-107).

Delineado o instituto da autotutela para a defesa da posse, incumbe relacionar esse instituto à função social da propriedade.

Conforme já mencionado, há uma novel corrente jurisprudencial e doutrinária que identifica a propriedade com a função social, ou seja, somente se admitiria existir o direito de propriedade se este cumprisse sua função social. Assim, “quem não cumpre a função social da propriedade perde as garantias, judiciais e extrajudiciais, de proteção da posse, inerentes à propriedade, como o desforço imediato e as ações possessórias” (COMPARATO, 2012).

Souza Júnior (2012) também compactua com o entendimento de que não são possíveis as proteções jurídicas proporcionadas pelo sistema do direito caso o imóvel descumpra a função social, o que parece possuir adeptos na doutrina. Por exemplo, Canotilho (1998, p. 1100-1101) entende que “o princípio da função social da propriedade rural ostenta certa centralidade em relação aos demais, porquanto é um princípio constitucional estruturante”. A seu turno, Grau (2000, p. 195-201) propugna que “a propriedade que não cumpra sua função social não goza da proteção possessória assegurada pelo Código Civil, visto ter ela como pressuposto o cumprimento da função social da propriedade”.

Ainda, Silva (2005, p. 270) bem obtempera a respeito:

O regime jurídico da propriedade tem seu fundamento na Constituição Federal. Esta garante o direito de propriedade, desde que esta atenda a sua função social. Se diz: é garantido o direito de propriedade (art. 5º, XXII), e a propriedade atenderá a sua função social (art. 5º, XXIII), não há como escapar ao sentido de que só se garante o direito da propriedade que atenda a sua função social.

Também em sede jurisprudencial encontra-se semelhante entendimento:

[...] O direito de propriedade não se reveste de caráter absoluto, eis que, sobre ele, pesa grave hipoteca social, a significar que, descumprida a função social que lhe é inerente (CF, art. 5º, XXIII), legitimar-se-á a intervenção estatal na esfera dominial privada, observados, contudo, para esse efeito, os limites, as formas e os procedimentos fixados na própria Constituição da República. - O acesso à terra, a solução dos conflitos sociais, o aproveitamento racional e adequado do imóvel rural, a utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente constituem elementos de realização da função social da propriedade. A desapropriação, nesse contexto - enquanto sanção constitucional impositiva ao descumprimento da função social da propriedade - reflete importante instrumento destinado a dar consequência aos compromissos assumidos pelo Estado na ordem econômica e social. - Incumbe, ao proprietário da terra, o dever jurídico-social de cultivá-la e de explorá-la adequadamente, sob pena de incidir nas disposições constitucionais e legais que sancionam os senhores de imóveis ociosos, não cultivados e/ou improdutivos, pois só se tem por atendida a função social que condiciona o exercício do direito de propriedade, quando o titular do domínio cumprir a obrigação (1) de favorecer o bem-estar dos que na terra labutam; (2) de manter níveis satisfatórios de produtividade; (3) de assegurar a conservação dos recursos naturais; e (4) de observar as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que possuem o domínio e aqueles que cultivam a propriedade (STF, 2018).

Agravo de instrumento. Decisão atacada: liminar que concedeu a reintegração de posse da empresa arrendatária em detrimento dos “sem terra”. Liminar deferida em primeiro grau suspensa através de despacho nos autos do agravo, pelo desembargador de plantão. Competência da justiça estadual. Recurso conhecido, mesmo que descumprindo o disposto no artigo 526 CPC, face dissídio jurisprudencial a respeito e porque a demanda versa sobre direitos fundamentais. Garantia a bens fundamentais como mínimo social. Prevalência dos direitos fundamentais das 600 famílias acampadas em detrimento do direito puramente patrimonial de uma empresa. Propriedade: garantia de agasalho, casa e refúgio do cidadão. Inobstante ser produtiva a área, não cumpre ela sua função social, circunstância esta demonstrada pelos débitos fiscais que a empresa proprietária tem perante a União. Imóvel penhorado ao INSS. Considerações sobre os conflitos sociais e o Judiciário. Doutrina local e estrangeira. Conhecido, por maioria; rejeitada a preliminar de incompetência, a unanimidade; proveram o agravo por maioria (TJRS, 1998).

Logo, a garantia a propriedade não se configura como direito absoluto, já que, não cumprida a função social, há uma possível relativização da proteção possessória assegurada pelo CC/2002.

## **6. CONCLUSÃO**

Embora exista a guarida da legislação brasileira para a prática do desforço imediato na defesa da posse e da propriedade, a prevalecer o aludido entendimento, estar-se-ia dando

azo a um indesejável retrocesso social, porquanto a segurança jurídica e o devido processo legal, conquistados a duras penas, perderiam terreno para atos até mesmo criminalmente tipificados por essa mesma ordem jurídica.

Temerário é, destarte, privilegiar genericamente a “justiça com as próprias mãos”: isso redundaria em permitir que os próprios indivíduos, como suas próprias razões singulares, julguem se determinada propriedade atende ou não sua função social para em seguida invadi-la, não tendo em um primeiro momento reprimenda alguma já que as garantias processuais e a autotutela possessória estariam afastadas.

No âmbito de um Estado de Direito, sobretudo naqueles que ostentam o qualificativo “democrático”, como é o caso do Brasil, não se deve olvidar a existência de uma técnica jurídica atuante sobre toda e qualquer dissensão de ordem conflituosa, havendo mecanismos pré-concebidos e avalizados pela necessidade de se irradiar segurança jurídica sobre todas as relações humanas, na busca permanente pelo programático axioma da pacificação social, constitucionalizado no artigo 3º, inciso IV (“promover o bem de todos”), da Constituição Republicana de 1988.

## REFERÊNCIAS

ALFONSIN, Jacques Távora. A Função Social da Posse como Pressuposto de Licitude Ético-Jurídica do Acesso e da Conservação do Direito à Terra. **Revista de Direito Agrário**, Brasília, DF, v. 19, n. 18, p.173-195, 2006. Disponível em: <http://www.abda.com.br/revista18/pdf/artigos/A%20fun%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2019.

AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Tradução de Aldo Vannuchi et al. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2003. v. 1.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Teoria dos ilícitos civis**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Recurso Extraordinário n. 1103018**. Relator Min. Roberto Barroso. Brasília, 19 fev. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000320853&base=baseMonocraticas>. Acesso em: 21 ago. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direitos fundamentais em matéria de propriedade**. Disponível em:

[http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/comparato/comparato\\_direitos\\_deveres\\_fundamentais\\_materia\\_propriedade.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/comparato/comparato_direitos_deveres_fundamentais_materia_propriedade.pdf). Acesso em: 21 ago. 2019.

FIÚZA, César. **Direito Civil: curso completo**. 13.ed. São Paulo: Del Rey, 2009.

GRAU, Eros Roberto. Parecer. In STROZAKE, Juvelino José (org.). **A questão agrária e a justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela: (parágrafos únicos dos artigos 249 e 251 do código civil). **Revista Brasileira de Direito Constitucional - Rbdc**, São Paulo, n. 10, p.13-19, dez. 2007.

MAGNA CARTA. 1215. Disponível em: [http://corvobranco.tripod.com/dwnl/magna\\_carta.pdf](http://corvobranco.tripod.com/dwnl/magna_carta.pdf). Acesso em 21 ago. 2019.

MESSIAS, Frederico dos Santos. Hipóteses de legítima defesa no Direito Civil. **Revista Consultor Jurídico**, 10 ago. 1999. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/1999-ago-10/hipoteses\\_direito\\_civil](https://www.conjur.com.br/1999-ago-10/hipoteses_direito_civil). Acesso em 21 ago. 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS (TJMG). **Apelação Cível n. 2.0000.00.391937-9/000**. Apelante: Espólio de Ricardo Fortini. Apelado: Luis Ferreira de Oliveira. Relatora: Juíza Vanessa Verdolim Hudson Andrade. Belo Horizonte, 23 set. 2003. Disponível em [https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=2224116176357845874443EF40DC8229.juri\\_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=2.0000.00.391937-9%2F000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar](https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=2224116176357845874443EF40DC8229.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=2.0000.00.391937-9%2F000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar). Acesso em 21 ago. 2019.

NOGUEIRA, J. M. O. A Instituição da Família em A Cidade Antiga. In WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos de História do Direito**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL (TJRS). **Agravo de Instrumento n.º 598360402**. Agravante: José Cenci. Agravada: Merlin S. A. Indústria e Comércio de Óleos Vegetais. Relatora Desembargadora Elba Aparecida Nicolli Bastos. Porto Alegre: 6 out. 1998. Disponível em: [https://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=&num\\_processo=598360402&codEmenta=7706337&temIntTeor=true](https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=598360402&codEmenta=7706337&temIntTeor=true). Acesso em 21 ago. 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA (TJSC). **Apelação Cível n. 34.441**. Apelante: Miguel Tito Rosa. Apelado: Geovani Maximiliano e outros. Relator: Desembargador Francisco Oliveira Filho. Florianópolis, 16 nov. 1990. Disponível em <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=TUTELA%20RESSARCIT%20D3RIA%20-%20ABUSO%20DE%20DIREITO%20-%20Recurso%20inacolhido.%20Pressup%20F5e%20o%20desfor%20E7o%20necess%20E1rio%20a%20exist%20EAnca%20de%20esbulho%20ou%20turba%20E7%20E3o,%20cujo%20ato,%20se%200indispens%20E1vel,%20precisa%20ser%20imediat%20e%20chefiado%20pelo%20possuidor.%20Inatendidos%20esses%20requisitos,%20h%20E1%20il%20EDcito%20decorrente%20do%20i>

rregular%20exerc%EDcio%20de%20direito,%20acarretando%20a%20obriga%E7%E3o%20de%20indenizar&only\_ementa=&frase=&id=AAAbmQAABAAG/GaAAE&categoria=acord  
ao. Acesso em 21 ago. 2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA JÚNIOR, Edson José de. A centralidade do princípio da função social da propriedade no direito agrário brasileiro. **Revista Científica Facmais**, Goiás, v. 1, n. 1, p.43-64, 2012.