

RESUMO

É inconcebível, no ordenamento jurídico moderno, a existência de um dispositivo, em lei infraconstitucional, concernente à proteção da posse em detrimento da vida, devendo o jurisdicionado reivindicar seus direitos através do Poder Judiciário, evitando praticar justiça com as próprias mãos. Desforço imediato não se confunde com legítima defesa da posse, que possui natureza jurídica complexa, abarcando a proteção do patrimônio e da integridade física. O desforço imediato teria melhor aplicação no Direito Administrativo, pois milita em favor do Estado o princípio da autoexecutoriedade, que o autoriza a praticar atos, discricionariamente, independentemente de mandado, incumbindo-lhe a proteção do patrimônio público.

Palavras-chave: Autotutela. Heterotutela. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

It is inconceivable in the modern legal system, the existence of infra law, protecting of ownership over the life, the citizens must claim their rights through the judiciary, avoiding practicing law into their own hands. Immediate vengeance can't be confused with legitimate defense of tenure, which has complex legal nature, covering the protection of heritage and physical integrity. The immediate vengeance would have best application in Administrative Law, because militates in favor of the principle of State autoexecutoriedade, authorizing it to perform actions, discretion, regardless of warrant and instructed him to protect public.

Keywords: Self-Protection. Peer-Guardianship. Unconstitutional.

*Estudante do Curso de Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU, cursando 8º Semestre/2012.

**Professora Orientadora. Mestre em Direito de Estado pela PUC/SP. Professora de Direito Constitucional do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU.

Introdução

O direito à propriedade e o direito à vida, estão presentes na Constituição Federal de 1988, no Título II, que trata dos Direitos e das Garantias Fundamentais do homem na sociedade. Ambos invioláveis, conforme art. 5º, “caput”.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos trouxe a garantia de que toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal, além do direito à propriedade, só, ou em sociedade com outros, não podendo ninguém ser arbitrariamente privado dela.

A posse, no entanto, traz menor importância que a propriedade, não se colocando como direito ou garantia fundamental, tendo, o possuidor, seus direitos protegidos apenas pelo ordenamento jurídico infraconstitucional, que são relativizados pela função social da propriedade.

Já a vida pode ser considerada o bem fundamental do ser humano, sendo absoluto e indisponível, pois sem ela, não há que se falar em outros direitos, nem mesmo os da personalidade, sendo inadmissível a autotutela para a satisfação de um interesse pessoal, colocando em risco a integridade física do esbulhador e regredindo o ordenamento jurídico a uma época primitiva, quando Estado não intervinha nos interesses privados.

Feitas estas breves considerações, discorreremos este artigo para demonstrar a inconstitucionalidade do desforço imediato descrito no art. 1.210, § 1º, do Código Civil, porquanto o Estado, detentor do poder jurisdicional de resolução de conflitos, não pode permitir a autotutela aos cidadãos, para defesa, mesmo que legítima, de seus interesses, resultando em riscos à pessoa para a defesa de seu patrimônio, por lei infraconstitucional, embora existam decisões em sentido contrário¹.

1. Posse

Propriedade se diferencia de posse, porquanto aquele que a detém, ou seja, 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 detenha²; já a posse, segundo Ihering, tem como “principal elemento constitutivo o ‘corpus’, que se traduz no reconhecimento de que o possuidor utiliza-se do bem que lhe dá destinação econômica, tornando evidente a relação fática entre a pessoa e o bem”.³

Os elementos constitutivos da posse são:

a) o “corpus”, ou seja, exterioridade da propriedade, consistente no estado normal das coisas, sob o qual desempenham a função econômica de servir e pelo qual o homem distingue quem possui e quem não possui;

b) o “animus” que já está incluído no “corpus”, indicando o modo como o proprietário age em face do bem de que é possuidor. Dispensa-se a intenção de ser dono para considerá-lo possuidor.

Aponta Carlos Alberto Garbi em sua obra⁴ que: “a posse está vinculada em geral aos direitos reais, por esta razão deve ser lembrada como sua característica, já que é considerada conteúdo, exercício e exteriorização da propriedade, sendo figura estranha aos direitos pessoais”.

Em seguida, este autor relembra as lições de Ihering, quanto à relação existente entre posse e propriedade já que “a propriedade sem a posse seria um tesouro sem a chave para abri-lo, uma árvore frutífera sem a competente escada para colher-lhe os frutos”, sendo a posse uma consequência do domínio.

Verifica-se que o direito à vida não se relativiza, sendo absoluto. Contrariamente a isso, o direito à posse, por sofrer os mesmos efeitos da propriedade, é relativo em razão do

¹ Apelação nº 0001322-04.2010.8.26.0132 – 35º Câmara de Direito Privado do Estado de São Paulo – Relator: Mendes Gomes – Apelante: Geral do Moraes – Apelados: Aparecida Pereira Damasceno e Edna Perpétua dos Santos Damasceno – Julgamento: 23/01/2012 – Voto: 23.195.

² Art. 1.228, do Código Civil.

³ Apelação nº 0001322-04.2010.8.26.0132 – 35º Câmara de Direito Privado do Estado de São Paulo – Relator: Mendes Gomes – Apelante: Geral do Moraes – Apelados: Aparecida Pereira Damasceno e Edna Perpétua dos Santos Damasceno – Julgamento: 23/01/2012 – Voto: 23.195, p. 4.

⁴ GARBI, Carlos Alberto. **Relação Jurídica de Direito Real e Usufruto**. São Paulo: Método, 2008, p. 132.

princípio da dignidade da pessoa humana e da função social da propriedade.

2. Tratamento jurídico constitucional conferido ao direito de propriedade e ao direito à vida

Como dito, o direito à propriedade e o direito à vida estão previstos expressamente como direitos fundamentais da pessoa na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, bem como na Constituição Federal de 1988.

Os direitos humanos, conforme Paulo Hamilton Siqueira Jr. e Miguel Augusto Machado de Oliveira, são: “cláusulas básicas, superiores e supremas que todos os indivíduos devem possuir em face da sociedade em que está inserido. São aqueles direitos válidos para todos os povos, em todas as épocas⁵”, não precisando, portanto, estarem positivados no ordenamento jurídico⁶.

O direito à vida e o direito à propriedade são considerados direitos fundamentais, pois são “reconhecidos pelo Estado, na norma fundamental, e vigentes num sistema jurídico concreto, sendo limitados, no tempo e no espaço. Num conceito pleno, os direitos fundamentais são aqueles consagrados na norma fundamental e que dizem respeito a preceitos fundamentais, basilares para que o homem viva em sociedade⁷”.

Estes direitos fundamentais foram inseridos, nos textos de diferentes países, de

forma gradativa e histórica ao longo do tempo, à medida que os autores começaram a classificá-los em gerações, com o direito de propriedade e o direito à vida, na primeira divisão.

Assim, os direitos de primeira geração surgiram nos séculos XVI e XVII, construídos, a partir da doutrina do direito natural, que pregava o direito inerente à natureza humana e anteriores ao direito positivo, trazendo a proteção das liberdades públicas, ou seja, os direitos individuais, compreendidos como aqueles inerentes ao homem e que devem ser respeitados por todos os Estados, como o direito à liberdade, à vida, à propriedade, à manifestação, à expressão, ao voto, entre outros.

Conforme explica Alexandre de Moraes, “essas ideias encontravam um ponto fundamental em comum, a necessidade de limitação e controle dos abusos de poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas e a consagração dos princípios básicos da igualdade e da legalidade como regentes do Estado moderno e contemporâneo⁸”.

Os direitos de segunda geração englobam os chamados direitos sociais, econômicos e culturais, pelos quais se passaram a exigir do Estado, ao contrário dos de primeira geração, sua intervenção positiva para que a liberdade do homem fosse protegida totalmente. Aqui os direitos protegidos são: o trabalho, o direito de greve, o direito à saúde, à educação, entre outros. Veio atrelado ao Estado Social, materializando-se na Constituição Mexicana, de 1917, na Rússia, de 1918, e na República de Weimar, de 1919.

Por fim, os direitos de terceira geração abarcam os chamados direitos de fraternidade e solidariedade, voltados para a proteção da coletividade. As Constituições passam a tratar da preocupação com o patrimônio histórico, cultural, ao meio ambiente, etc.

Algumas doutrinas classificam, ainda, os direitos de quarta e quinta geração, no entanto, não há necessidade classificá-los aqui, porquanto o direito de propriedade e o direito à

⁵ SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. **Direitos Humanos e Cidadania**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 26.

⁶ O *jusnaturalismo* é consequência dos princípios à natureza racional e social do ser humano. Por motivo, é *imutável*, Sua origem, porém, é controversa. Para os estoicos, essa origem seria a natureza cósmica (perfeição, ordem e equilíbrio do universo); para os teólogos medievais, Deus seria o princípio e o fim de todas as coisas; para os racionalistas, o *jusnaturalismo*, seria o produto da razão humana. (LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil – Teoria Geral do Direito Civil**, 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 35-<http://online.minhabiblioteca.com.br/books/9788502156999/page/35>. Consulta realizada em 16/11/2012).

⁷ SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. **Direitos Humanos e Cidadania**. 1. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.26.

⁸ MORAIS, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais**. 3º ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 19.

vida já se fazem presentes nos direitos de primeira geração.

3. Previsões Legais nas Constituições Brasileiras a respeito do direito à vida e a propriedade

Nesse ponto, observa-se que as constituições passadas, com exceção da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946, não fizeram menção expressa à proteção à vida, no entanto, conforme citado alhures, o direito à vida é direito basilar, não se podendo falar em outros, sem a sua existência, sendo, portanto, sua proteção implícita nas Cartas Magnas quando protegido, por exemplo, o direito à segurança.

3.1. Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824

Nesta Carta Magna, o direito à propriedade vem inserido no art. 133, V, além de outros dispositivos, impondo a responsabilidade dos Ministros de Estado pelo que obrarem contra a Liberdade, a segurança ou, a propriedade dos Cidadãos.

No art. 179, desta Constituição, insere-se a inviolabilidade dos direitos civis, e políticos dos cidadãos brasileiros, tendo por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, garantida em sua plenitude.

3.2. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891

Neste texto constitucional, há uma inovação trazida pelo art. 72. Garantiu-se aos estrangeiros, desde que residentes no Brasil, a inviolabilidade dos direitos concernentes à propriedade, em toda a sua plenitude, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia.

3.3. Constituição da República Dos Estados Unidos Do Brasil, de 16 de julho de 1934

Nesta Constituição, a propriedade vem, pela primeira vez, inserida na previsão dos direitos e das garantias individuais, com previsão no art. 113, assegurando-se os brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil: a inviolabilidade dos direitos concernentes à propriedade, agregando-se a outros dispositivos que tratam da propriedade.

3.4. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937

Neste texto constitucional, o legislador constituinte se absteve de fazer inovações quanto ao direito de propriedade, mantendo-se as garantias previstas nas constituições anteriores.

3.5. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946

Pela primeira vez, o Legislador Constituinte colocou explicitamente, no art. 141, a garantia de inviolabilidade do direito à vida aos brasileiros e estrangeiros residentes do Brasil, mantendo-se o direito à propriedade.

3.6. Constituição da República Federativa do Brasil, de cinco de outubro de 1988

O título das garantias e direitos fundamentais anuncia a garantia expressa ao direito à vida e à propriedade.

Mas, nota-se que, apesar do direito de propriedade ter previsão, nos textos das Constituições anteriores, sem ressalva quanto às condições sociais, a doutrina explica que tal direito tratava-se de um privilégio⁹. Desde Roma, somente os pais de família eram considerados como sujeitos de direito.

Desta forma, a propriedade fundiária tinha um aspecto da vida familiar, subordinado ao direito “quiritário”, só podendo ser detida por cidadãos romanos livres, “sui iuris”, e em cada família pelo “pater famílias”. Os escravos e os filhos não emancipados poderiam ter um pecúlio, um fundo próprio para seu uso e investimento, mas não podiam ter acesso a propriedade “quiritária”.

4. A Inconstitucionalidade do desforço imediato

O Código Civil de 2002 eliminou diversos dispositivos do Código Civil de 1916, de caráter nitidamente processual sobre a defesa da posse.

Nesse aspecto, vale mencionar as lições do Magistrado Francisco Eduardo Loureiro:

⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na história: lições introdutórias**. - 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 374.

O novo Código civil eliminou, por exemplo, os arts. 506, 507 e 523, do Código Civil de 1916, que tratavam da defesa da posse velha (mais de um ano e dia) e da posse nova (menos de um ano e dia), mencionando ritos e a possibilidade de concessão de liminar. A alteração de postura tem razão de ser. Não se justifica a inserção de matérias de direito adjetivo atual no Código Civil, uma vez que a competência para legislar sobre o processo civil é da União, eliminando o risco de dispositivos dispares nas legislações estaduais como ocorria nos primórdios do Código de 1.916¹⁰

Dispõe o art. 1.210, “caput”, a respeito das três moléstias causadas por atos injustos de terceiros que podem atingir a posse, e para cada uma delas a lei prevê um remédio possessório, a saber: esbulho, corrigível pela reintegração de posse¹¹, ou desforço imediato;

¹⁰ PELUSO, Cezar (org.). **Código Civil Comentada: doutrina e jurisprudência**. 5ª. Ed. rev. e atual: Barueri-SP, 2011, p 1180.

¹¹ Possibilidade: AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. DIREITO DO CIVIL. DEFESA DA POSSE POR DESFORÇO IMEDIATO. POSSIBILIDADE. 1. É possível, dentro dos limites consagrados na legislação, o desforço pessoal, que implica na retomada da posse no instante em que está sendo esbulhada. 2. No caso, realmente a posse era da Construtora e clandestinamente o futuro comprador cometeu o esbulho. 3. A Construtora restaurou o *status quo ante*, trocando apenas a fechadura, num ato de desforço pessoal, dentro dos limites legais. 4. Recurso de Agravo de Instrumento Provido. (Agravo de Instrumento: 177945 - PE 001200800361804, Relator: Francisco Manoel Tenorio dos Santos, Data de Julgamento: 12/03/2009, 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Pernambuco - http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev4/files/JUS2/TJPE/IT/AG_177945_PE_1281367292909.pdf - Consulta realizada em 18/11/12).

Contrária: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. ESBULHO POSSESSÓRIO. LIMINAR INDEFERIDA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AGRAVADO QUE NÃO SE VALEU DA VIA LEGAL PARA REAVER O IMÓVEL LOCADO. DESFORÇO IMEDIATO (EX VI DO ART. 1210, § 1º, DO CÓDIGO CIVIL). INCABÍVEL NAS CIRCUNSTÂNCIAS DOS AUTOS. CONFIGURADO O DISTRATO DA RELAÇÃO LOCATÍCIA, O ORDENAMENTO JURÍDICO PREVÊ O MANEJO DA AÇÃO JUDICIAL, SEJA DE

turbação, corrigível pela ação de manutenção de posse; a ameaça, corrigível pela ação de interdito proibitório.

O Código Civil de 2002 manteve o conteúdo do art. 502 da lei revogada, apenas condensando a redação, antes distribuída, em apenas um parágrafo do art. 1.210.

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

REINTEGRAÇÃO DE POSSE, SEJA DE DESPEJO, PARA RESTITUIR A POSSE DIRETA AO ANTIGO LOCADOR. PRECEDENTES DO TJPE. RECURSO PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.

1. Configurado o distrato da relação locatícia, o ordenamento jurídico prevê o manejo de ação judicial seja de reintegração de posse, seja de despejo, para restituir a posse direta ao antigo locador ora Agravado.

2. No caso concreto, embora a obrigação do inquilino seja pagar pontualmente os alugueis e demais encargos locatícios (art. 23, inc. I, da Lei 8.245/91), além de observar fielmente o estabelecido nas cláusulas contratuais, sob pena de violação contratual, o que possivelmente ensejaria a rescisão do pacto firmado (art. 9º, II, da referida lei), o Agravante não poderia ter usado de suas próprias forças, a pretexto de utilização de desforço imediato, para reaver o imóvel, ao invés de recorrer ao ajuizamento da demanda judicial cabível.

3. Em verdade, conquanto o locador possa ter sofrido algum esbulho possessório e ainda que se considere que a posse direta da Agravante decorre de contrato locatício, o que a tornava justa para fins jurídicos, não é permitido ao locador valer-se da faculdade do desforço imediato, conforme previsto no art. 1210, § 1º, do Código Civil, para retomar o imóvel, utilizando-se de suas próprias forças.

4. Nas circunstâncias dos autos, parece mesmo que o Agravado se excedeu ao recorrer ao exercício de suas próprias razões para reaver a posse do imóvel, sobretudo quando não optou por um prévio pronunciamento judicial sobre a questão controvertida.

5. O caso, portanto, remete à reforma da decisão agravada, no sentido de conceder a liminar de reintegração de posse em favor da Recorrente, porquanto denegada na origem, sem a observância da jurisprudência desta Corte Estadual. 8. Agravo de instrumento provido. 14. Decisão unânime. (Agravo de Instrumento -22989420128170001 - PE 0006622-33.2012.8.17.0000, Relator: Josué Antônio Fonseca de Sena, Data de Julgamento: 29/05/2012, 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco - http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev6/files/JUS2/TJPE/IT/AI_22989420128170001_PE_1338897919127.pdf - Consulta realizada em 18/11/2012).

restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo¹²; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.

Verifica-se, portanto, que apesar de o Estado ter tomado para si o dever de prestar a tutela jurisdicional, sobraram, ainda hoje, alguns resquícios de justiça privada, capazes de legitimar, a defesa dos direitos subjetivos pelas próprias das mãos da parte, como na legítima defesa (Código Civil de 2002, art. 188, II; Código Civil de 1916, art. 160, I), com a apreensão do objeto sujeito a penhor legal (Código Civil de 2002, art. 1.467 a 1.472) e com o contestável desforço imediato no esbulho possessório¹³ ¹⁴ (Código Civil de 2002, art. 1.210, parágrafo primeiro; Código Civil de 1916, art. 502).

A legítima defesa tem como natureza jurídica à exclusão de antijuridicidade do ato de defesa, tanto no direito civil como no Direito Penal. A legítima defesa, na verdade, corresponde a uma exigência natural, a um instinto que leva o agredido a repelir a agressão de seu bem tutelado, mediante a agressão de um bem do agressor¹⁵. No entanto, legítima defesa não se confunde com desforço imediato, apesar de existir pontos de encontro.

¹² Indicativo de reação rápida, pronta, no contendo da agressão, no calor dos acontecimentos.

¹³ Esbulho: Segundo Maria Helena Diniz, esbulho é ato pelo qual o possuidor se vê despojado da posse injustamente, por violência, por clandestinidade e por precariedade. Por exemplo, estranho que invade casa deixada por inquilino, comodatário que não devolve a coisa emprestada findo o contrato. No mesmo Sentido: (RT, 536:174 e 570:153) locador de serviços que não devolve a casa que recebeu para morar, sendo dispensado pelo patrão (RT 532:158 e 550:129). Sobre esbulho: RT 226:386, 254:463, 291:677, 322:443, 349:350, 404:203, 518:107, 519:110, 525:104, 532:107, 537:56, 526:105, 538:109, 540:117, 546:104, 555:123, 558:207, 572:136, 579:142, 586:125, 586:171 e 593:162; RF, 106:501, 151:249, 158:299, 167:212 e 253:354. O possuidor poderá, então, intentar ação de reintegração de posse.

¹⁴ Carlos Alberto Garbi ensina que a posse além da clandestinidade, precariedade ou violência poderá ser injusta quando for ilícita ou contrária ao direito, por exemplo, quando o adquirente, sem saber, comprar um imóvel e o título aquisitivo for falso.

¹⁵ BETTIOLI. Giuseppe. **Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 417.

Tomando-se por base os princípios da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade, verifica-se que não se pode subverter a natureza dos direitos protegidos pela Constituição Federal, protegendo um direito menos preponderante em detrimento de outro de maior abrangência por uma lei infraconstitucional.

Neste passo, o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui um pré-requisito para o exercício dos outros.

A Constituição Federal proclama, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência.

Poder-se-á dizer que tanto o direito de propriedade como o direito à vida são garantias constitucionais de mesma hierarquia, surgindo o conflito aparente de normas, ou seja, fatos que acarretaram fenômenos de colisão entre princípios ou norma da mesma hierarquia.

No entanto, ocorrendo o conflito, a solução do caso concreto importará de alguma forma e em alguma medida, limitação de um ou de ambos direitos em prol de um resultado específico, devendo o operador do direito analisar, a hermenêutica das normas Constitucionais de maneira sistematizada, sob a ótica dos princípios da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana.

Nesse passo, a garantia à vida não sofre limitações, pois é absoluto, ao contrário do direito de propriedade, e conseqüentemente da posse, que sofre restrições em virtude de sua função social e do princípio da dignidade da pessoa humana.

Por isso, para assegurar tal direito e evitar o sacrifício da integridade física à pessoa, desde antigas eras, chegou-se à conclusão de que não deviam os particulares fazer justiça pelas próprias mãos e que seus conflitos deviam ser submetidos a julgamento de autoridade pública fez-se presentes à necessidade de regulamentar a atividade da administração da Justiça¹⁶.

¹⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 50ª ed. São Paulo: Forense, 2009, v. 1, p. 8.

Humberto Theodoro Júnior explica, com propriedade, que a justiça com as próprias mãos era uma característica de um Estado primitivo, que não intervinha da esfera particular, trazendo insegurança social:

Primitivamente o Estado era fraco e limitava-se a definir direitos. Competia aos próprios titulares dos direitos reconhecidos pelos órgãos estatais defendê-los e realizá-los com os meios de que dispunham. Eram os tempos da justiça privada ou da justiça pelas próprias mãos, que, naturalmente era imperfeita e incapaz de gerar a paz social desejada por todos¹⁷

Ora, em prol do resguardo da verdadeira acomodação social, cabe ao Estado fornecer meios de proteção, assim como fornece¹⁸, àqueles que se mostram como aparentes titulares de direito. Não fosse assim, restabelecer-se-ia a justiça de mão própria, dos primórdios da jurisdição.

Quando a preservação de um patrimônio colocar em risco à pessoa, deverá o Estado prestar sua tutela jurisdicional por meio da ação de reintegração de posse, disciplinado pelo Código de Processo Civil, do art. 926 ao art. 931.

A legítima defesa da posse, quando apenas turbada não é inconstitucional, contrariamente do desforço imediato. Na primeira, defende-se a posse, ainda não perdida, empregando meios para assegurá-los, protegendo não só sua propriedade, móvel ou imóvel, mas também sua integridade física ante a ilegalidade do ato turbatório. Já no segundo, a força empregada deverá ser maior e, nesse caso, mesmo que empregando os meios necessários, a vida de outrem estará em risco, em detrimento da propriedade, sendo a

violência empregada contra a pessoa que está na posse, tentando retirá-la de lá.

Esse aspecto é muito bem explicado por Sílvio de Salvo Venosa da seguinte maneira:

Como na legítima defesa penal, que exige requisito da moderação na repulsa (“Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem” art. 25, do Código Penal.), os atos de defesa ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção ou restituição da posse. É claro que as agruras do possuidor turbado ou esbulhado nem sempre permitiram que se sopesasse, no calor da disputa, o exato limite da repulsa¹⁹.

A permissão dada pelo Estado ao particular para usar da força para defender seu patrimônio em detrimento da integridade física da pessoa é um retrocesso à justiça privada, porquanto a força do particular em defesa dos seus interesses patrimoniais não faz direito.

Nesse sentido, Rousseau já dizia, no seu contrato social:

O mais forte não é nunca assaz forte para ser sempre o senhor, se não transforma essa força em direito e a obediência em dever. Daí o direito do mais forte, direito tomado ironicamente pela aparência e realmente estabelecido em princípio. [...] Convenhamos, pois, que a força não faz direito, e que não é obrigado a obedecer senão às autoridades legítimas (ROUSSEAU, 1996, p. 12).

No caso, não se pode confundir a legítima defesa e o desforço imediato, porquanto são situações cotidianas distintas, que, enquanto uma protege não só a coisa, como também a pessoa, no outro apenas o patrimônio já tomado é protegido, agredindo-se a integridade física do possuidor injusto para reaver o bem.

¹⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 50ª ed. São Paulo: Forense, 2009, v. 1, p. 35.

¹⁸ O interesse de agir deve ser analisado diante do binômio utilidade/necessidade, ou seja, aquele que apresentar necessidade da tutela jurisdicional, pleiteando, através de instrumento adequado, a satisfação de sua pretensão, preenche tal condição legal para ingressar em juízo. (Apelação: 0001322-04.2010.8.26.0132 – 35ª Câmara de Direito Privado do Estado de São Paulo – Relator: Mendes Gomes – Julgamento: 23/01/2012 – Voto: 23.195).

¹⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: texto comparado, Código Civil de 2002 e Código Civil de 1916**. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p.122.

No art. 502, do Código Civil de 1916, esse resquício de justiça privada já existia; agora tal previsão está expressa no art. 1.210, § 1º, do atual Código Civil de 2002, trata-se, em caso de turbação²⁰, da legítima defesa da pessoa, em que o possuidor²¹ molestado, seja ele direto²² ou indireto²³, pode reagir pessoalmente com suas próprias forças, contra turbador desde que tal reação seja incontinente ou sem demora e se dirija contra ao turbativo e atual, mediante o emprego de meios estritamente necessários para manter-se na posse.

Prevê o legislador, com este dispositivo, duas situações diferentes: a legítima defesa da posse, no caso de turbação e o desforço imediato, no caso de esbulho. Em qualquer das hipóteses, ocorrem aplicações da regra geral

²⁰ Turbação: A turbação, segundo Orlando Gomes, é “todo ato que embaraça o livre exercício da posse, haja ou não dano, tenha ou não o turbador melhor direito sobre a coisa”. Por exemplo, rompimento de cercas, cortes de árvores. O possuidor que sofre embaraço na sua posse sem, contudo perdê-la, poderá propor ação de manutenção de posse, provando a existência da posse e a turbação (Código de Processo Civil, art. 927).

²¹ O possuidor é o que tem o pleno exercício de fato dos poderes constitutivos do domínio ou somente de alguns deles, como no caso dos direitos reais sobre coisa alheia, como o usufruto, a servidão, etc.

²² A posse direta é a do possuidor direto que recebe o bem, em razão de direito real ou de contrato. Por exemplo, no usufruto, o usufrutuário tem o uso e gozo da coisa frutuária, portanto a posse direta porque a detém materialmente, utilizando-a economicamente como faria o proprietário. A posse direta é derivada, porque procede de alguém, exigindo sempre um intermediário. Logo abrange todos os casos em que a posse de um bem passa a outrem em virtude de obrigação ou de direito, tais como: o do usufrutuário, do credor pignoratício, do locatário, do arrendatário, do comodatário, do depositário, do testamentário, do inventariante, etc. É sempre temporária, por basear-se numa relação transitória de direito pessoal ou real; o possuidor detém materialmente a coisa, e quando molestado pode usar dos interditos possessórios (RT, 321:535), até mesmo contra o possuidor indireto. (569:96, 190:846).

²³ A posse indireta é a do possuidor indireto que cede o uso do bem a outrem. Assim, no usufruto, o nu-proprietário tem a posse indireta, porque concedeu ao usufrutuário o direito de possuir, conservando apenas a nua propriedade, ou seja, a substância da coisa. É, portanto, a de quem temporariamente concedeu a outrem (possuidor direto) o direito de possuir a coisa, enquanto durar a relação jurídica que o levou a isso. Extinta esta, readquire o possuidor indireto a posse direta.

contida no art. 188, I, do Código Civil, (art. 160, I, do Código Civil de 1916), segundo o qual não constituem atos ilícitos os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito.

No entanto, como dito, uma não se confunde com a outra, devendo ser examinadas separadamente, começando pela legítima defesa da posse, que se iguala com a legítima defesa prevista no direito penal, por existir uma reação disciplinada e organizada.

Maria Helena Diniz explica, com propriedade, sobre a legítima defesa da posse, anotando que:

Em caso de turbação, autorizada está a legítima defesa da posse, em que o possuidor direto ou indireto poderá reagir, pessoalmente, contra o turbador, desde que essa reação seja “incontinente” ou sem demora e se dirija contra ato turbativo real e atual, mediante emprego de meios estritamente necessários para manter-se na posse. Essa autodefesa apenas poderá ser exercida contra o próprio turbador e não contra terceiros. Assim sendo, se assistência do Estado revelar-se tardia ou não puder ser oportunamente invocada, o possuidor poderá reagir para manter-se na posse molestada, evitando excessos, seguindo o princípio do “moderamen inculpatæ tutelæ”, ou seja, da moderação da legítima defesa (RT, 693:370)²⁴.

De fato, conforme ensinou a ilustre doutrinadora, em primeiro lugar só possuidor do bem móvel ou imóvel, direito ou indireto, tem direito de lançar mão dessa defesa excepcional, excluindo, pois, o mero detentor²⁵, como o preposto. Por outro lado,

²⁴ DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 9. ed. ver. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 763-764.

²⁵ Considera-se detentor da posse aquele que em razão de uma subordinação em relação a uma outra pessoa, seja esta possuidor direto ou indireto. Nestes casos também se encontram os prepostos, empregados, administradores, administradores de empresa, etc.

não importa que a posse seja justa²⁶ ou injusta²⁷, de boa fé²⁸ ou de má fé²⁹. Em qualquer caso se permite à reação pessoal do possuidor, consistente na resistência contra turbação.

Em segundo lugar, torna-se mister a ocorrência do ato turbativo, real e atual, não se justificando a defesa baseada em simples possibilidade de agressão, problemática e futura.

Em terceiro lugar, finalmente, deve haver proporcionalidade na reação. O possuidor deverá, tão somente, praticar atos estritamente necessários para manter-se na posse. Qualquer excesso será condenável.

Como visto até agora, na legítima defesa da posse o possuidor ainda está em poder do bem, apenas cingindo-se a repulsa da violência contra ele empregada, defendendo, portanto, não apenas a posse que ele detém, mas também sua própria integridade física, porquanto o ofensor poderá o atingir de várias formas para alcançar o propósito de assenhorear-se do bem.

No desforço imediato, a situação é inversa. O ofensor passa a ser o antigo possuidor do bem, no caso, o esbulhado. Aqui não é mais uma mera turbação, por ele já não mais deter a posse em seu poder.

No caso do desforço imediato, o esbulhado defende o bem que não mais se encontra com ele, devendo empregar mais força para retirar a posse do atual detentor da

coisa, mesmo que em detrimento à vida, desde que seguidos seus pressupostos autorizadores.

Desta maneira o esbulhado poderá usar até mesmo de armas para assenhorear-se de seu bem, conforme nos ensina Maria Helena Diniz, que cita jurisprudência:

O possuidor esbulhado poderá restituir-se, por sua própria força, a posse do bem por meio do desforço imediato. Ao exercer esse direito deverá agir pessoalmente, embora possa receber auxílio de amigos ou de serviçais, empregando meios necessários, inclusive armas, para recuperar a posse perdida. Todavia essa reação deverá ser imediata (RJM, 30:147; RJ, 182:120; RT, 595:394)³⁰.

O desforço imediato é mais amplo que a legítima defesa, pois a lei permite que o possuidor ultrapasse o limite da repulsa à violência, até que consiga recuperar a posse que lhe havia sido arrebatada.

Talvez, esclarecendo o dispositivo de uma maneira menos técnica, fosse dizer, em matéria possessória que: “o esbulhado poderá tirar a vida do ofensor, contanto que o faça logo”.

Nota-se que toca ao próprio Estado garantir o direito da posse, mediante utilização de força pública especializada, dentre outros mecanismos de manutenção de paz social. A ninguém interessa o enfrentamento direto, mormente, se ponderadas as consequências que poderiam daí advir.

Ademais, é dever do Estado manter a ordem, de modo que a sua omissão em situações como a que se cuida, além de inconcebível, certamente estaria incentivando a ocorrência de confrontos entre proprietários e invasores.

Mesmo que considerando que a lei determina que deva o esbulhado agir moderadamente, agressão gera agressão, e no calor da batalha o risco à pessoa é iminente, e o risco, por si só, é inconstitucional quando autorizado por lei infraconstitucional. Um bem jurídico tutelado só pode ser colocado em risco

²⁶ A posse será justa se não for: a) violenta, ou seja, adquirida pela força física ou violência moral; b) clandestina, ou melhor, estabelecida as ocultas daquele que tem interesse em conhecê-la; c) precária, isto é, originária do abuso de confiança por parte de quem recebe a coisa, a título provisório, com o dever de restituí-la.

²⁷ Será injusta a posse que se revestir de violência, clandestinidade ou precariedade.

²⁸ Ter-se-á posse de boa-fé se o possuidor estiver convicto de que a coisa, realmente, lhe pertence, ignorando que está prejudicando direito de outra pessoa, por não saber do vício que lhe impede a aquisição da coisa ou do direito. Presume-se, portanto, possuidor de boa-fé todo aquele que estiver com justo título, ou seja, aquele que tem aparência de título hábil para transferir a posse ou o domínio, todavia, tal presunção é “*juris tantum*”.

²⁹ Se o possuidor, mesmo portador de um título, tiver ciência da ilegalidade do seu direito de posse em virtude de vício de obstáculo impeditivo de sua aquisição, surgirá a má-fé.

³⁰ DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 9. Ed. ver. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 764.

quando o direito paradigma for da mesma espécie ou de maior relevância, ou seja, vida para salvar a vida, patrimônio para salvar patrimônio.

Pode-se tolerar o detrimento do patrimônio para salvar a vida, mas a recíproca não é verdadeira, pois aquele possui menor relevância que este.

Nesse sentido, é possível afirmar que, o patrimônio é direito instrumental acessório à vida, porque aquele serve a este, não este àquele. Por isso o fundamento da República Federativa do Brasil é a dignidade da pessoa humana, que tem por base matriz a vida, direito absoluto e indisponível, assessorado pelo princípio da função social da propriedade, que busca uma sociedade fraterna, justa e igualitária.

Em resumo, distinguem-se os institutos da legítima defesa da posse e do desforço imediato da seguinte maneira:

- a. A primeira corresponde à turbação, pois antes da perda da posse, a vítima repele, com força própria, o agressor; admiti-se a legítima defesa.
- b. Na segunda hipótese, o possuidor chega a perder a posse e emprega força própria para recuperá-la logo em seguida. Aqui não se o ato abrupto do antigo possuidor não é qualificado como exercício de legítima defesa, mas sim de desforço imediato que pressupõe esbulho consumado.

Sobre a inconstitucionalidade do instituto do desforço imediato, Ricardo Arone explica, com propriedade que:

Pela axiologia constitucional, o papel de cada norma no sistema jurídico é teleologicamente condicionado e, não raro, redesenhado. Isso ocorre pelo fato das normas esclarecerem reciprocamente na tessitura normativa, sendo alimentadas pelos valores positivados no ordenamento. Por isso compreender uma norma importa em concretizar principiologicamente seu conteúdo.

É, pois, a melhor interpretação dentre muitas possíveis, aquela que mais eficácia traga ao princípio da

fundação social, direito fundamental que angula o ordenamento jurídico trazendo ao bojo valores protetivos da pessoa humana, com vistas a uma sociedade fraterna, justa e igualitária.

A partir do princípio da dignidade da pessoa humana, vetor jurídico-axiológico, principiologicamente recebido, a existencialidade prepondera sobre a patrimonialidade, retomando a dimensão ontológica do homem à quadra central dos mecanismos protetivos do sistema, em detrimento da pertença que migra para a periferia, em papel nitidamente instrumental.

Percebe-se, deste modo, implicitamente no art. 170 e no art. 5º, XXIII, da Constituição Federal de 1988, a positivação do princípio da função social da posse como via de realização, concretização no dizer de Hesse, do princípio da função social da propriedade.

Independentemente da natureza que ostente a posse controvertida, para que seja reconhecida e tutelada, o sistema jurídico impõe um filtro oxiológico através da função social da posse.

A posse não funcionalizada traduz um direito subjetivo virtualizado, pois ainda que possa derivar pretensão deste, não há tutela a ser concedida pelo Estado, e a autotutela se apresenta vedada³¹.

Mais à frente, Ricardo Arone, em sua nota de rodapé, ressalta que a inconstitucionalidade do desforço imediato, ou “desforço extrajudicial”³², como chamado por alguns autores, foi suscitada no Congresso Nacional pelos Senadores Gabeira e Requião acerca do projeto do Código Civil de 2002:

Cumprе explicitar que, apesar de ser tema passível de controvérsia, inclusive suscitado no Congresso Nacional pelos Senadores Gabeira e Requião, quando das discussões acerca do novo Código Civil,

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. 1. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 243.

³² LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**. 4ª. ed. rev. atua. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 4, p. 58.

entende-se inconstitucional o desforço imediato, pois à luz da dignidade da pessoa humana, como princípio fundamental do ordenamento, não se admite norma infraconstitucional a permitir, ainda que em regime de exceção, o risco à pessoa para a defesa de seu patrimônio. Desforço imediato não se confunde com legítima defesa, onde o bem protegido é a própria integridade. Hoje não se percebe mais o patrimônio como extensão da pessoa. Desta feita compreende-se inconstitucional o § 1º, do art. 1.210, do Código Civil³³.

De fato, conforme apontado na discussão suscitada no Congresso Nacional acerca do projeto do Código Civil de 2002, não pode uma lei infraconstitucional admitir, mesmo que em regime de exceção, risco à pessoa.

Admitir ao possuidor, direito ou indireto, restituir-se, com emprego de suas próprias forças, desde que o faça logo, é colocar à pessoa humana em risco, porquanto não se sabe qual a reação do esbulhador e só o fato de arriscar uma vida em detrimento do patrimônio, pela via infraconstitucional, já torna o instituto inconstitucional.

Ora, o Estado tem meios processuais para restituir o bem do esbulhado, com força, inclusive de liminar, sendo desnecessário autorizá-lo de empregar suas forças para readquirir aquele bem, podendo o Estado, diante do seu poder de polícia, retirar aquele que tem a posse injusta do bem litigioso.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça em oportunidade já fez duras críticas ao desforço imediato, por entender que o instituto autoriza o particular fazer justiça com as próprias mãos, substituindo o Estado.

No passado, mormente diante dos abusos associados à propriedade privada, críticos se voltaram contra o desforço imediato, tanto mais porque se punha na mão de latifundiários, já em si considerados donos do Estado, um poder extrajudicial de vida ou morte sobre uma multidão de destituídos de terra e de dignidade, muitos em estado de completa

miséria e penúria e outros tantos milhares ainda sob o jugo do regime escravocrata. À crítica ao latifúndio, ao individualismo e ao poderio das elites rurais, juntava-se, por natural, a rejeição aos instrumentos de defesa da propriedade imobiliária organizada em torno do mito da sua intocabilidade.

Não foi sem razão, então, que, na sessão de 1º de Julho de 1843, na Câmara, José Thomaz Nabuco de Araújo (o terceiro Senador Nabuco), em um dos seus primeiros Projetos de Lei, propôs a revogação, pura e simples, do § 2º, do Título 58, do Livro 4º, das Ordenações, que permitia ao esbulhado o desforço “in continentem”:

“Eu não posso compreender como na sociedade civil onde há um poder constituído para julgar as contendas entre os cidadãos, se lhes deixa livre o recurso das armas e se legitimam assim as consequências funestas de uma luta que muitas vezes o capricho trava por amor de quatro ou cinco palmos de terreno, e o mais é que a autoridade policial há de respeitar essa guerra civil, há de ser impassível às suas consequências, para não privá-los do tal desforço “incontinentem”. Quanto a mim bastam os interditos possessórios para que o cidadão possa manter a sua posse e evitar a turbação dela” (Joaquim Nabuco, Um Estadista do Império, vol. 1, 5ª edição, Rio de Janeiro, Topbooks, 1997, p. 82).

Vista na sua moldura tradicional, isto é, de defesa por mãos próprias da posse e da propriedade individual, o desforço seria mesmo um “ato de justiça privada”, em que o “justicador substitui-se ao Estado” (Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, Tomo X, Direito das Coisas: Posse, atualizado por Vilson Rodrigues Alves, Campinas, Bookseller, 2000, p. 317, grifei). Atente-se para o realce que se fazia ao caráter “privado” da medida e ao indivíduo substituindo-se “ao Estado”.

(...)

Acrescente-se, finalmente, que na crítica, mais do que merecida, ao

³³ SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 243. (Nota de rodapé).

instituto, no seu perfil privatista, certamente pesou o fato de as Ordenações, no rastro do Direito Romano, fazerem a odiosa distinção entre pessoas de pequena condição, de um lado, e fidalgos e cavalheiros, de outro, para dar a estes maior amplitude no exercício do desforço (cf. Lafayette Rodrigues Pereira, Direito das Causas, adaptado ao Código Civil por José Bonifácio de Andrada e Silva, Rio de Janeiro, Typ. Baptista de Souza, 1922, p. 53)³⁴.

Nesta oportunidade, o Colendo Superior Tribunal de Justiça analisou a possibilidade de o Estado utilizar-se do desforço imediato para expelir o particular que possuísse injustamente o bem público, ocasião em que se pacificou o entendimento no sentido de que este ato discricionário da Administração Pública não é ilícito, pois ela detém o poder de polícia.

AMBIENTAL. UNIDADE DE CONSERVAÇÃO DE PROTEÇÃO INTEGRAL (LEI 9.985/00). OCUPAÇÃO E CONSTRUÇÃO ILEGAL POR PARTICULAR NO PARQUE ESTADUAL DE JACUPIRANGA. TURBAÇÃO E ESBULHO DE BEM PÚBLICO. DEVER-PODER DE CONTROLE E FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL DO ESTADO. OMISSÃO. ART. 70, § 1º, DA LEI 9.605/1998. DESFORÇO IMEDIATO. ART. 1.210, § 1º, DO CÓDIGO CIVIL. ARTIGOS 2º, I E V, 3º, IV, 6º E 14, § 1º, DA LEI 6.938/1981 (LEI DA POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE). CONCEITO

DE POLUIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DE NATUREZA SOLIDÁRIA, OBJETIVA, ILIMITADA E DE EXECUÇÃO SUBSIDIÁRIA. LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO.

1. Já não se duvida, sobretudo à luz da Constituição Federal de 1988, que ao Estado a ordem jurídica abona, mais na fórmula de dever do que de direito ou faculdade, a função de implementar a letra e o espírito das determinações legais, inclusive contra si próprio ou interesses imediatos ou pessoais do Administrador. Seria mesmo um despropósito que o ordenamento constrangesse os particulares a cumprir a lei e atribuisse ao servidor a possibilidade, conforme a conveniência ou oportunidade do momento, de por ela zelar ou abandoná-la à própria sorte, de nela se inspirar ou, frontal ou indiretamente, contradizê-la, de buscar realizar as suas finalidades públicas ou ignorá-las em prol de interesses outros.

2. Na sua missão de proteger o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, como patrono que é da preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais, incumbe ao Estado “definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção” (Constituição Federal, art. 225, § 1º, III).

3. A criação de Unidades de Conservação não é um fim em si mesmo, vinculada que se encontra a claros objetivos constitucionais e legais de proteção da Natureza. Por isso, em nada resolve, freia ou mitiga a crise da biodiversidade – diretamente associada à insustentável e veloz destruição de *habitat natural* –, se não vier acompanhada do compromisso estatal de, sincera e eficazmente, zelar pela sua integridade físico-

³⁴ (REsp 1071741 / SP - RECURSO ESPECIAL: 2008/0146043-5 - Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN - Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA - Data do Julgamento: 24/03/2009 - Data da Publicação/Fonte: DJe 16/12/2010. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo - Recorridos: Fazenda do Estado de São Paulo, Marilda de Fátima Stankievski e Aparecido Silviero Garcia - A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator(a).” Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator).

ecológica e providenciar os meios para sua gestão técnica, transparente e democrática. A ser diferente, nada além de um “sistema de áreas protegidas de papel ou de fachada” existirá, espaços de ninguém, onde a omissão das autoridades é compreendida pelos degradadores de plantão como autorização implícita para o desmatamento, a exploração predatória e a ocupação ilícita.

4. Qualquer que seja a qualificação jurídica do degradador, público ou privado, no Direito brasileiro a responsabilidade civil pelo dano ambiental é de natureza objetiva, solidária e ilimitada, sendo regida pelos princípios do poluidor-pagador, da reparação *in integrum*, da prioridade da reparação *in natura*, e do *favor debilis*, este último a legitimar uma série de técnicas de facilitação do acesso à Justiça, entre as quais se inclui a inversão do ônus da prova em favor da vítima ambiental. Precedentes do STJ.

5. Ordinariamente, a responsabilidade civil do Estado, por omissão, é subjetiva ou por culpa, regime comum ou geral esse que, assentado no art. 37 da Constituição Federal, enfrenta duas exceções principais. Primeiro, quando a responsabilização objetiva do ente público decorrer de expressa previsão legal, em microsistema especial, como na proteção do meio ambiente (Lei 6.938/1981, art. 3º, IV, *c/c* o art. 14, § 1º). Segundo, quando as circunstâncias indicarem a presença de um *standard* ou dever de ação estatal mais rigoroso do que aquele que jorra, consoante a construção doutrinária e jurisprudencial, do texto constitucional.

6. O *dever-poder de controle e fiscalização ambiental* (dever-poder de implementação), além de inerente ao exercício do poder de polícia do Estado, provém diretamente do marco constitucional de garantia dos processos ecológicos essenciais (em especial os arts. 225, 23, VI e VII, e 170, VI) e da legislação, sobretudo da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/1981, arts. 2º, I e V, e 6º) e

da Lei 9.605/1998 (Lei dos Crimes e Ilícitos Administrativos contra o Meio Ambiente).

7. Nos termos do art. 70, § 1º, da Lei 9.605/1998, são titulares do dever-poder de implementação “os funcionários de órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente – SISNAMA, designados para as atividades de fiscalização”, além de outros a que se confira tal atribuição.

8. Quando a autoridade ambiental “tiver conhecimento de infração ambiental é obrigada a promover a sua *apuração imediata*, mediante processo administrativo próprio, sob pena de *co-responsabilidade*” (art. 70, § 3º, da Lei 9.605/1998, grifo total ou parcial exaurimento patrimonial ou insolvência, seja por impossibilidade ou incapacidade, inclusive técnica, de cumprimento da prestação judicialmente imposta, assegurado, sempre, o direito de regresso (art. 934 do Código Civil), com a desconsideração da personalidade jurídica (art. 50 do Código Civil).

16. Ao acautelarem a plena solvabilidade financeira e técnica do crédito ambiental, não se insere entre as aspirações da responsabilidade solidária e de execução subsidiária do Estado – sob pena de onerar duplamente a sociedade, romper a equação do princípio poluidor-pagador e inviabilizar a internalização das externalidades ambientais negativas – substituir, mitigar, postergar ou dificultar o dever, a cargo do degradador material ou principal, de recuperação integral do meio ambiente afetado e de indenização pelos prejuízos causados.

17. Como consequência da solidariedade e por se tratar de litisconsórcio facultativo, cabe ao autor da Ação optar por incluir ou não o ente público na petição inicial.

18. Recurso Especial provido. (REsp 1071741 / SP - RECURSO ESPECIAL: 2008/0146043-5 - Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN - Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA - Data do Julgamento: 24/03/2009 - Data da Publicação/Fonte: DJe 16/12/2010. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo - Recorridos:

Fazenda do Estado de São Paulo, Marilda de Fátima Stankievski e Aparecido Silviero Garcia - A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator(a)." Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator).

De fato, o instituto do desforço imediato teria melhor aplicabilidade no Direito Administrativo, porquanto milita em favor do Estado o princípio da autoexecutoriedade, que o autoriza a praticar atos, discricionariamente, independentemente de mandado, incumbindo-lhe a proteção do patrimônio público.

Cabe ao prejudicado a proteção possessória, seja através da ação de manutenção de posse, em caso de turbação; da ação de reintegração de posse no esbulho consumado; ou, ainda, do interdito proibitório, na hipótese de justo receio de ser o possuidor direito ou indireto molestado na posse, a fim de impedir a turbação ou esbulho iminente (art. 499 e art. 501, do Código Civil; art. 920 e ss do Código de Processo Civil).

Conclusão

Fazendo uma exegese sistemática com os dispositivos Constitucionais, verifica-se que o parágrafo primeiro do art. 1.210 do Código Civil é inconstitucional, porquanto a Carta Magna é a matriz axiológica de todo ordenamento jurídico e seus fundamentos alicerçam toda ordem dogmática normativa.

Desta forma, é inconcebível desvirtuar o instituto da legítima defesa para admitir que o particular use de suas forças, empregando até mesmo arma, para defender a posse de um bem patrimonial móvel ou imóvel já perdido, para restituir-se novamente no bem, objeto do esbulho.

Conforme demonstrado, a legítima defesa da posse, na turbação, não é inconstitucional, porquanto a vítima ainda está na posse, estando a proteger o seu bem, sua integridade física e de seus familiares,

enquanto que no desforço imediato o bem é retirado a força daquele que o esbulhou, colocando em risco à pessoa que está na posse do bem.

Desta forma, aquele que tem a posse turbada sofre o ataque de um terceiro, precisando defender-se, enquanto que aquele que sofre o esbulho deve atacar a pessoa do esbulhado, a fim de obter a posse do bem novamente.

Considerando que a existencialidade é mais importante que o patrimônio, o risco contra a pessoa, já se mostra inconstitucional, se autorizado pela norma infraconstitucional.

A legítima defesa só se faz legal, quando se coloca um bem jurídico em risco em detrimento de outro, que seja de mesma espécie ou de maior importância.

Assim, a vida, bem jurídico indisponível, só pode ser colocada em risco quando o bem jurídico tutelado é a vida, mas não pode ser colocada em risco quando é outro bem é disponível, mesmo que este seja também consagrado constitucionalmente ou que seus efeitos decorram de outros positivados na Lei Maior.

O Estado tomou para si o poder da proteção jurisdicional, podendo fazer uso de seu poder de polícia para recuperar o bem quando provocado pela parte, até mesmo por medida liminar.

Nesse sentido, autotutela para recuperação de um bem móvel ou imóvel já perdido pode colocar em risco a vida humana, mesmo quando usado dos meios necessários, na medida que a força a ser empregada é imprevisível, podendo chegar a um descompasso no momento da batalha.

Além disso, os dias atuais o patrimônio não é mais uma extensão da pessoa, não se podendo, nem mesmo em regime de exceção, ante o princípio da dignidade da pessoa humana trazer risco à pessoa à satisfação de um interesse patrimonial.

Portanto, verifica-se que o desforço imediato, descrito no art. 1.210, parágrafo primeiro, do Código Civil é inconstitucional.

REFERÊNCIAS

- BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- GARBI, Carlos Alberto. **Relação Jurídica de Direito Real e Usufruto**. São Paulo: Método, 2008.
- GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 20ª ed. São Paulo: Forense, 2011.
- LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**. 4ª. ed. rev. atua. e ampl. Revista dos Tribunais: São Paulo, v. 4, 2011.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na história: lições introdutórias**. - 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MORAIS, Alexandre. **Direito Constitucional**. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- MORAIS, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais**. 3. ed. Atlas: São Paulo, 2000.
- NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. **Código de Processo Cvil Comentado**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- PELUSO, Cezar (org.). **Código Civil Comentada: doutrina e jurisprudência**. 5ª. ed. rev. e atual: Barueri-SP: Saraiva, 2011.
- RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito das Coisas**. 28ª ed. São Paulo: Saraiva
- SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003
- SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. **Direitos Humanos e Cidadania**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 50ª ed. São Paulo: Forense, v. 1, 2009.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: texto comparado, Código Civil de 2002 e Código Civil de 1916**. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.