

A TUTELA INDENIZATÓRIA DA PROPRIEDADE PELA RESPONSABILIDADE E ALÉM DELA

LA TUTELA DELLA PROPRIETÀ PER LA RESPONSABILITÀ CIVILE E OLTRE

Marcelo de Oliveira Milagres¹

RESUMO: O texto discute os limites ou o possível diálogo entre as tutelas específica e ressarcitória na promoção da propriedade. E, além disso, a possibilidade de ressarcimento sem o dano injusto. Em face da possibilidade da cumulatividade das ações possessórias, discute-se a possibilidade de tutela indenizatória sem a tutela reivindicatória. A conclusão é que a responsabilidade civil não se apresenta como principal mecanismo de tutela da propriedade.

ABSTRACT: Il testo discute i limiti o il possibile dialogo tra le tutele specifica e risarcitoria nella promozione della proprietà. E, ancora, la possibilità di risarcimento senza danno ingiusto. In considerazione della cumulatività di azioni possessorie, viene discussa la possibilità della tutela risarcitoria senza la tutela reivindicatoria. La conclusione è che la responsabilità civile non si presenta come il principale meccanismo di tutela della proprietà.

Palavras-chave: Propriedade. Tutela ressarcitória. Tutela real. Responsabilidade civil.

Keywords: Proprietà. Tutela risarcitoria. Tutela reale. Responsabilità civile.

Sumário: 1. Introdução. 2. Bens privados e danos socioambientais em desastres. 3. Prescrição para reparação de danos individuais em desastres. 4. Considerações finais. 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Em tempos de intensos avanços tecnológicos, de uma realidade digital, de desmaterialização patrimonial (bem cultural, marca, patente, *software*, direitos do autor e outros), parece sem muito propósito discutir propriedade corpórea e, sobretudo, sua possível promoção mediante tutela ressarcitória em face dos reconhecidos mecanismos de tutela específica.

¹ Professor Adjunto de Direito Civil na UFMG. *Visiting Professor* na Universidade de Verona. Trabalho elaborado em período de estágio pós-doutoral na Università di Verona, Dipartimento di Scienza Giuridiche (2018). ORCID n. 0000000340076416.

Por óbvio, não se desconsidera a importância dos bens imateriais,² mas, igualmente, não se pode afastar a existência corpórea.

Dois mundos coexistem, em que pese, a partir de contextos diversificados, a proeminência de uma ou de outra perspectiva.

Não se desconsidera, por exemplo, a crescente securitização de máquinas, veículos e imóveis em razão de riscos dos mais diversos prejuízos.

Diante disso, o propósito dessas reflexões é exatamente provocar discussões sobre a possível tutela econômica da propriedade.

Como bem destaca Perlingieri, a propriedade se destaca como fenômeno central pela sua relação com quase todos os institutos de direito civil: da família à sucessão, da sociedade ao trabalho e aos contratos.³

O conceito de propriedade não é imutável no tempo, não é absoluto, mas relativo, decorre do momento histórico, do fenômeno econômico, da localização geográfica, está em constante modificação.⁴

Não se pode dizer que a propriedade seja uma manifestação da personalidade. Trata-se de tese superada.⁵ A propriedade é dinâmica, transmissível, manifestação plural e externa ao sujeito.

Afirma-se a propriedade como direito fundamental, seja como substrato de uma ordem política e social, seja como base conceitual de todo o sistema jurídico relativo a situações de poder sobre as coisas.⁶

² Cf. BONA, Marco; SCOTTI, Umberto. *La tutela del know-how: diritto industriale, del lavoro, penale e responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 2012.

³ PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. 8. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2017. p. 224: “La proprietà si pone come uno dei fenomeni centrali per il suo stretto collegamento con quasi tutti gli istituti del diritto civile: dalla famiglia alle successioni, dall’impresa al lavoro e ai contratti.”

⁴ ALPA, Guido. *Istituzioni di diritto privato*. 3 ed. Torino: UTET, 2001. p.194: “Ne emerge con chiarezza che il concetto di proprietà (al pari del concetto di ‘diritto privato’, ovvero di ‘persona giuridica’) non è immutabile nel tempo, né è assoluto, ma è relativo, si colora cioè dei contenuti che di volta in volta l’ideologia del tempo, raccolta nelle norme, intende attribuirgli, è storicamente determinato, in continua evoluzione, e diverso anche per le coordinate geografiche.”

⁵ Segundo Guido Alpa, “Allo stesso modo non si può accogliere la tesi di chi ritiene che la proprietà sia una manifestazione della personalità dell’individuo: questa tesi è superata dalla storia, che ha collegato individuo, personalità, proprietà solo nel secolo scorso, quando la proprietà era il modo di essere del diritto nella società civile, era il titolo che legittimava il singolo ad essere una persona, cioè soggetto di diritto. Oggi, la proprietà è tutelata in quanto assolve ad una funzione sociale (art. 42, 2º co., Cost.); lo Stato, nella sua nuova veste di Stato sociale si preoccupa di operare una più equa distribuzione del reddito, e quindi di favorire l’accesso alla proprietà da parte di tutti, senza tutelare i proprietari contro i non-proprietari, come accadeva nelle società borghesi dell’Ottocento (art. 42, 2º co., Cost.)” (ALPA, Guido. *Istituzioni...*, p. 214-215)

⁶ GAMBARO, Antonio. *Trattato di diritto privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti: La Proprietà*. Milano: Giuffrè Editore, 1990. p 86: “Si può intendere che il diritto di proprietà sia fondamentale ai fini di costruire un certo ordine politico e sociale; si può intendere che il diritto di proprietà sia fondamentale per costruire concettualmente tutto il sistema giuridico relativo alle situazioni di appartenenza ognuna delle quali assumerà

Nesse sentido, são relevantes as diversas formas de tutela da propriedade. Com destaque, neste artigo, àquela de natureza corpórea.

Comumente e com fundamento na sequela, reconhece-se a tutela específica mediante as ações reais, o que não exclui, contudo, a possibilidade de tutela indenizatória pelos mais variados danos.

A grande questão é se a tutela ressarcitória independe da tutela específica, podendo-se falar somente em indenização por violações a coisas e bens. E, ainda, se seria possível pretensão indenizatória sem o pressuposto do dano injusto. A responsabilidade civil não é o único remédio para os danos, subsistindo, outrossim, danos sem ilícito.

2. TUTELA ESPECÍFICA PELA SEQUELA

É difundida a tutela específica da propriedade. Com efeito, no âmbito dos direitos reais, atribui-se ao titular o **direito de sequela**, a possibilidade legal de perseguir a coisa em poder de quem quer que ela injustamente esteja. Pelo princípio da oponibilidade não relativa, o titular da coisa poderá, extrajudicial ou judicialmente, reavê-la de quem a possua ou detenha injustamente.

Como destaca Serpa Lopes,⁷ “a sequela é peculiar a toda espécie de direito real e pode volver-se, mesmo, contra o próprio proprietário, como se, *v.g.*, este violasse o direito real do usufrutuário, bem como em relação aos direitos reais de garantia”.

A tutela patrimonial não se cinge ao âmbito processual. Segundo o § 1º do art. 1.210 do Código Civil, 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 à restituição da posse.

Com efeito, a posse é suscetível de algumas agressões. A turbção consiste em atos concretos⁸ que perturbam, que prejudicam ou dificultam o exercício manso e pacífico da posse.

O esbulho consiste em atos que suprimem esse próprio exercício, gerando a perda da posse. O esbulho pode ocorrer – ou não – com violência ou mediante concurso de pessoas. Nos termos do art. 161, § 1º, II, do Código Penal, configura conduta típica a invasão, com violência a

una struttura modellata sull'archetipo costituito dai caratteri giuridici che compongono la struttura del diritto di proprietà.”

⁷ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1960, v. 6. p. 29.

⁸ Segundo Serpa Lopes, é possível também a turbção de direito que se manifesta por atos judiciais ou extrajudiciais nos quais se contesta a posse de outrem. (SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso...*, v. 6, p. 190)

pessoa ou grave ameaça, ou mediante concurso de mais de duas pessoas, de terreno ou edifício alheio, para o fim de esbulho possessório.

São possíveis ainda situações de ameaça, de fundado temor ou de turbação ou do próprio esbulho.

A defesa a essas agressões pode se verificar com força própria, mediante autotutela. A legítima defesa da posse busca afastar a situação de turbação ou de tentativa de esbulho. O desforço imediato objetiva a retomada da posse suprimida pelo esbulho.

Em verdade, o desforço imediato e a legítima defesa não são efeitos próprios da posse, pois podem ser utilizados pelo próprio detentor. O grande ponto de discussão são os parâmetros dessas formas defensivas. De início, destaque-se a contemporaneidade da reação. A resposta tem que ser contemporânea, imediata. Não se pode admitir desforço ou legítima defesa da posse superveniente. No entendimento de Caio Mário da Silva Pereira,⁹ o imediatismo é “a repulsa à violência sem retardamento, sem permitir que flua tempo após o seu início, e antes que o invasor ou turbador consolide a posição – *non ex intervallo, sede x continenti*”.

Parece excluída a tese de Carvalho Santos,¹⁰ em comentário ao art. 502 do Código Civil de 1916,¹¹ segundo a qual é admissível a defesa ou o desforço não somente em ato contínuo, imediato, mas logo que for possível, logo que o possuidor vier a conhecer a agressão feita à sua posse.

De outro lado, deve haver proporcionalidade no uso da força. A reação deve ser contemporânea e proporcional à agressão. A atualidade da agressão e a proporcionalidade da reação são elementos essenciais na autotutela que deve ser aplicada com muita cautela e parcimônia, sob pena de configurar até mesmo uma forma abusiva de exercício de direito. Não se pode admitir o emprego da violência como fonte de direito.

Segundo Eduardo Espínola,¹² “é sempre indispensável quando se trata de violência que seja repelida ato contínuo e que os meios de defesa empregados não vão além do que se torne necessário, de acordo com as circunstâncias”.

O Superior Tribunal de Justiça vem entendendo, inclusive, que a alegação de violação ao princípio da função social da propriedade não justificaria a tomada de posse. Nesse sentido,

⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 23. ed. Atualizada por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. 4, p. 51.

¹⁰ CARVALHO SANTOS, J. M. *Código civil brasileiro interpretado: direito das coisas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1937, v. 7. p. 141.

¹¹ Art. 502. O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se, ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo.

¹² ESPÍNOLA, Eduardo. *Posse, propriedade, compropriedade ou condomínio, direitos autorais*. Atualizado por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Bookseller, 2002. p. 106.

aprovou-se a Súmula 354, segundo a qual a invasão do imóvel é causa de suspensão do processo expropriatório para fins de reforma agrária.

A autotutela é medida excepcionalíssima.

Segundo o art. 1.228 do Código Civil de 2002, o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. Trata-se de pretensão petítória.

De sua vez, o art. 1.210, *caput*, dispõe que 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. Trata-se das ações possessórias típicas: manutenção, reintegração e interdito proibitório. A manutenção tem por fundamento a turbação; a reintegração, o esbulho; e o interdito, a ameaça de turbação ou de esbulho (tutela inibitória).

Defende-se a posse, não em razão de qualquer outro direito real, mas pela própria posse. No âmbito dessas possessórias, é vedada a exceção de propriedade.

Com efeito, dispõe o § 2º do art. 1.210 do Código Civil que não obsta à manutenção ou reintegração na posse a alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa.

O art. 923 do CPC de 1973 dispunha que, na pendência do processo possessório, é defeso, assim ao autor como ao réu, intentar ação de reconhecimento do domínio. De forma semelhante, dispõe o art. 557 do CPC de 2015 que, na pendência de ação possessória, é vedado tanto ao autor quanto ao réu propor ação de reconhecimento do domínio, exceto se a pretensão for deduzida em face de terceira pessoa. Trata-se da vedação da *exceptio proprietatis*.¹³

De outro lado, as ações possessórias atípicas ou ações petítórias têm por fundamento o direito de propriedade. O pedido pode até se cingir à posse, mas a causa de pedir é o direito de propriedade, não alcançando a posse.

¹³ Igualmente, apresenta-se o ordenamento italiano. Para Perlingieri, “Nel nostro ordenamento è prevista la separazione fra il giudizio petitorio e il giudizio possessorio. Secondo l’art. 705 c.p.c “ il convenuto nel giudizio possessorio non può proporre giudizio petitorio, finché il primo non sia definito e la decisione non sia eseguita.” Sí che le azioni possessorie possono essere esperite anche contro il legittimo titolare del diritto, il quale non può resistere eccependo tale situazione giuridica. Tuttavia, è possibile instaurare il giudizio petitorio senza dover attendere la conclusione del giudizio possessorio, ogni volta che ne derivi o possa derivare un pregiudizio irreparabile per il convenuto (Ccost. Ord. 290/04; 25/92). Si pensi all’ipotesi che attore sia il ricettatore e il convenuto sia la parte lesa: rientrato in possesso della cosa mobile, in esecuzione della sentenza di reintegrazione, questa potrebbe essere alienata a un terzo di buona fede, che ne diventerebbe proprietario. S’intende poi che, nei confronti dell’effettivo titolare del diritto, la tutela accordata al possessore è soltanto provvisoria: così il proprietario, soccombente nel giudizio possessorio, potrà, quando questo sia concluso, agire con l’azione di rivendicazione e, dimostrata l’esistenza del suo diritto, ottenere la restituzione del bene.” (PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. 8. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2017. p. 271)

Até mesmo a ação constitucional do mandado de segurança pode servir para a recuperação de posse de coisas abusiva e ilegalmente apreendidas por autoridade. Porém, o mandado de segurança não tem como causa de pedir a proteção da posse.

Assim entende Serpa Lopes¹⁴ acerca da separação entre as ações petitória e possessória:

[...] é uma consequência da diferença entre os dois institutos – a posse e a propriedade – a cujo serviço cada uma daquelas ações está subordinada respectivamente. Resulta daí que os dois juízos – o petitório e o possessório – se desenvolvem em campos separados, ocupando-se cada qual da matéria incluída na órbita de sua competência.

Reconhecendo-se o alcance da tutela específica, ao comentar o Código de Processo Civil de 1973, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart destacavam:

[...] depois do art. 461-A do CPC, a reintegração de posse pode se valer da técnica antecipatória e da sentença executiva. É possível dizer que a reintegração de posse, ainda que já passados ano e dia, encontra no art. 461-A do CPC, forma processual capaz de conferir-lhe efetividade. O mesmo ocorre quando a turbação data de mais de ano e dia. Nesta hipótese, sendo necessárias as técnicas processuais do art. 461 do CPC, esse certamente pode ser invocado como fundamento processual para o requerimento da tutela de manutenção de posse.¹⁵

O Código de Processo Civil de 2015 manteve o procedimento especial das ações possessórias típicas (art. 554 a 568), reconhecendo, ademais, a fungibilidade (art. 554), a cumulação de pedidos (art. 555) e a duplicidade da demanda possessória (art. 556). No âmbito da cumulação de pedidos, prevê a imposição de medida processual necessária e adequada ao cumprimento da tutela provisória ou final (art. 555, parágrafo único), garantindo efetividade ao provimento jurisdicional.

A vedação a *exceptio proprietatis* foi objeto do art. 557, não afastando a possibilidade de o direito de propriedade ser alegado como fundamento de pretensão em face de terceira pessoa: “na pendência de ação possessória é vedado, tanto ao autor quanto ao réu, propor ação de reconhecimento de domínio, exceto se a pretensão for deduzida em face de terceira pessoa”. Dessarte, reconheceu-se autonomia à posse e não se excluiu o legítimo exercício do direito de ação na tutela da propriedade em face de terceiros. Embora, nesse caso, a causa de pedir seja diversa,

¹⁴ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1960, v. 6. p. 186.

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: procedimentos especiais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, v. 5. p. 96.

não se afasta a possível incidência de conexão processual, para se evitarem decisões, no caso concreto, contraditórias.

No que atine às ações petitórias ou possessórias atípicas, pode-se sublinhar a imissão na posse, a reivindicatória, a nunciação de obra nova, os embargos de terceiro, a demolitória, a ação de dano infecto e a ação de divisão e de demarcação de terras.

Enfim, trata-se de mecanismos de tutela específica, buscando-se a restituição ou a manutenção da própria coisa em razão das mais diversas situações (perda, turbação ou ameaça).

Como sublinhado, a discussão se acentua com a possibilidade da tutela ressarcitória.

3. TUTELA RESSARCITÓRIA

Nem sempre é fácil divisar os limites ou o diálogo entre as tutelas específica e ressarcitória na promoção da propriedade.¹⁶ Não se pode, de forma genérica, excluir o direito de propriedade mediante uma reparação/compensação econômica. De igual forma, a tutela específica da propriedade, por si só, não exclui possibilidades indenizatórias.

O esbulho de uma coisa não se resolve com a pretensão indenizatória. A reintegração é fundamental. De outro lado, a perda de uma coisa infungível, por óbvio, não pode ser objeto de uma pretensão real. Obviamente, as tutelas ressarcitória e específica não se excluem. Inclusive, podem ser cumulativas. Segundo o art. 555 do Código de Processo Civil brasileiro, é lícito ao autor cumular ao pedido possessório o de condenação em perdas e danos e indenização dos frutos.

Pode-se discutir, entretanto, se a violação da posse ou da propriedade, por si só, configura ato ilícito objeto de pretensão indenizatória, ou se essa pretensão, pela própria escolha da vítima, pode afastar a tutela específica. Ou, ainda, se é possível uma tutela ressarcitória do patrimônio a despeito do ilícito ou do dano injusto.¹⁷

¹⁶ Nas palavras de Antonio Gambaro, "In generale i confini tra tutela risarcitoria e tutela reale debbono essere tracciati tenendo presente sia le necessità connesse all'utilizzazione indisturbata dei beni sia le necessità connesse all'organizzazione della altrui collaborazione. Non si deve dimenticare infatti che una tutela solo per equivalente monetario cancella la funzione della proprietà como contenitore delle libertà individuali. È quindi esatta l'osservazione secondo la quale quando in una situazione di conflitto uno dei due soggetti coinvolti è protetto solo con forme di tutela aquiliana ciò significa che in realtà il diritto è attribuito all'altro il quale è facoltizzato a svolgere la propria attività contro il pagamento di un indennizzo stimato dal giudice. Il dato fondamentale per cui la tutela della proprietà è assicurata anche da rimedi risarcitori emerge con chiarezza là ove la tutela recuperatoria sia resa impossibile dalle regole dettate in tema di circolazione." (GAMBARO, Antonio. *La proprietà*. Milano: Giuffrè, 1990. p. 370-371)

¹⁷ Segundo o Professor Carlo Castronovo, esse é um tema que não pode ser negligenciado: "Il problema è invece se la violazione della proprietà o del possesso altrui si qualifichi quale fatto illecito che come tale dia

Essas questões permitem retomar alguns pressupostos: dano, prejuízo, ilícito e dever legal de indenizar.

4. VIOLAÇÃO PATRIMONIAL (POSSE E PROPRIEDADE)

A teor do art. 944 do Código Civil brasileiro, a indenização mede-se pela extensão do dano.

De início, uma observação: pode-se distinguir dano de prejuízo.

Segundo Carnelutti,¹⁸ dano pode ser identificado como o evento lesivo de um bem ou de interesse.

Dano é, pois, a ofensa ao patrimônio do sujeito de direito, seja ele de ordem material ou moral. Em regra, esse resultado lesivo decorre do comportamento humano. Para Yvonne Lambert Faivre e Stéphanie Porchy-Simon, os prejuízos materiais conjugam-se com o verbo *ter*, e aqueles de ordem moral conjugam-se com o verbo *ser*.¹⁹

Philippe Brun faz uma distinção entre dano e prejuízo. Para o autor, dano seria a ofensa à integridade de uma pessoa ou de uma coisa, e prejuízo, as consequências patrimoniais ou extrapatrimoniais dessa ofensa.²⁰

Assim, dano é a ofensa. Prejuízo, a consequência.

Nesse sentido, a citada regra do art. 944 poderia prever que a indenização se mede pela extensão do prejuízo.

Ocorrendo violação a uma coisa, busca-se afastá-la. Como destaca Carlo Castronovo,²¹ não se pode confundir as funções das tutelas inibitória, real e indenizatória. Frustrada a tutela

fondamento a un'azione risarcitoria volta a conseguire, in alternativa alle azioni reali o possessorie, la tutela della situazione violata.” (CASTRONOVO, Carlo. *Responsabilità civile*. Milano: Giuffrè Editore, 2018. p. 684)

¹⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Il danno e il reato*. Padova, 1930. p. 14.

¹⁹ FAIVRE, Yvonne Lambert; SIMON, Stéphanie Porchy. *Droit du dommage corporel: systèmes d'indemnisation*. 6. éd. Paris: Dalloz, 2009. p. 221.

²⁰ BRUN, Philippe. *Responsabilité civile extracontractuelle*. 2. éd. Paris: Litec, 2009. p. 114.

²¹ “A nostro avviso, invece, il ricorso alla responsabilità civile nelle ipotesi ora prospettate finisce con l'ignorare la funzione e i presupposti peculiari della tutela aquiliana e delle tutele specifiche astrattamente concorrenti: ciascuna di esse ha un proprio ruolo, che non può essere assolto sostitutivamente da un'altra. Come il risarcimento del danno non può essere domandato in luogo della rivendica, lasciando al proprietario la scelta tra le due azioni, così è per la reintegrazione: la ragione sta nel fatto che il danno conseguente alla sottrazione tale veramente può essere considerato solo in quanto il proprietario o il possessore non recuperino il bene; ma se il mancato recupero deriva dalla loro rinuncia alla rivendica o alla reintegrazione, esso non può essere imputato a colui che avrebbero dovuto aggredire con l'azione volta a restaurare il potere sulla cosa. Analogamente deve dirsi, relativamente al possesso, con riguardo all'ipotesi in cui la cosa sottratta al possessore sia distrutta. In quanto tutelato come poteres di fatto, come tale esso deve essere restaurato; e poiché sulla

inibitória, busca-se, com fundamento na seqüela, a restituição da coisa. Não sendo possível e/ou subsistindo prejuízos, pode-se falar em tutela indenizatória. A indenização não é a primeira tutela, não é um fim em si mesma. A tutela ressarcitória da propriedade não é um remédio para todas as situações.

Retomando o conteúdo do art. 555 do Código de Processo Civil brasileiro, verifica-se que o pedido possessório pode ser cumulado com pretensão ressarcitória. A tutela real se apresenta como principal.

Por exemplo: parece contraditório, em razão do esbulho, o prejudicado formular somente a pretensão indenizatória. Se o prejuízo se consubstancia na perda da coisa, por que não resguardar essa máxima utilidade (a fruição da própria coisa)? A tutela ressarcitória se apresenta conexa ao exercício da seqüela.

Ao comentar as ações possessórias, destaca Carlo Castronovo que a tutela ressarcitória é possível, em face da turbação ou do esbulho, observado, contudo, o pressuposto da tutela real.²²

Por razões semelhantes e em face do silêncio da legislação brasileira, o raciocínio parece ser aplicável a pretensões reivindicatórias.

Em situações de esbulho ou de turbação, a defesa da desconexão ou da autonomia da tutela ressarcitória em face da tutela específica pode proporcionar alguns paradoxos. Vejamos.

Considerando a prescrição em 10 (dez) anos de pretensões indenizatórias por danos contratuais (ERESP 1.280.825/RJ, DJ 2.8.2018), bem como o prazo de 5 (cinco) anos para usucapião de coisa móvel (art. 1.261 do Código Civil), seria admissível pretensão indenizatória decorrente de inadimplemento contratual, consubstanciado na perda da coisa contratada por usucapião em favor de pessoa alheia ao contrato?

O possuidor-contratante é vítima de esbulho, mantém-se inerte, assim como o proprietário-contratante da coisa esbulhada. Somente após 5 (cinco) anos do esbulho, o proprietário formula pretensão indenizatória contra o contratante inadimplente. A hipótese não alcança usucapião pelo próprio inadimplente (não aceita pelo STJ – RESP 844/089/MG, DJ.6.4.2008), mas em favor de eventual terceiro. Seria possível a indenização pela perda da coisa, nada obstante o reconhecimento da aquisição originária? Situação objeto de discussões.

cosa distrutta il potere di fatto non può essere restaurato, si deve escludere un'azione aquiliana in sostituzione.” (CASTRONOVO, Carlo. *Responsabilità civile*, p. 685)

²² “Il risarcimento del danno può essere domandato dal possessore che agisce per la reintegrazione o per la manutenzione, ma pur sempre in concorso con la domanda sine qua non, che è quella volta specificamente alla tutela del possesso.” (CASTRONOVO, Carlo. *Responsabilità civile*, p. 686)

Em um segundo exemplo, poderia discutir-se a viabilidade da formulação somente de pretensão indenizatória em face de turbação continuada de um imóvel. Se a ofensa é reiterada, buscar somente a tutela dos efeitos econômicos, mas não o afastamento da própria causa, parece, igualmente, controverso.

Lucilla Gatt e Stefano Troiano destacam ainda, pelo caráter subsidiário, a inadmissibilidade da cumulação da pretensão reivindicatória com aquela de enriquecimento sem causa²³.

Não há dúvida da possibilidade da tutela indenizatória da propriedade/posse; discute-se, contudo, sua relação ou seu diálogo com as formas de tutela específica. Pode-se discutir ainda os fundamentos dessa tutela econômica.

5. TUTELA INDENIZATÓRIA COM FUNDAMENTO NO ILÍCITO

Em verdade, não se tem uma tipicidade fechada de danos. Pode-se falar em uma atipicidade de ilícito civil em contraponto à tipicidade penal.

Segundo o art. 186 do Código Civil brasileiro, “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Trata-se da regra geral do ilícito de ordem subjetiva.

No que se refere à tutela indenizatória da propriedade, pode-se destacar o ilícito de natureza objetiva, nos termos do art. 187 do mesmo diploma legal, segundo o qual “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Nessa perspectiva, não se avalia o móvel que orientou o comportamento do ofensor para configuração do ilícito; considera-se a forma abusiva do exercício do direito. Trata-se de regra que se apresenta diversa daquela inscrita no § 2º do art. 1.228 do mesmo Código Civil, segundo a qual “são defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem”.

Em tempos de objetivação da responsabilidade pelos mais diversos e complexos riscos, tutela-se a propriedade e as esferas jurídicas patrimoniais em face de comportamentos socialmente

²³ BIANCA, Massimo Cesare. *Commentario...*, p.405, “Inammissibile è anche il cumulo tra l’azione di rivendicazione l’azione di arricchimento senza causa, essendo a ciò di ostacolo la natura sussidiaria dell’azione di arricchimento (art. 2042 c.c), dalla quale discende che l’esperibilità di una qualsiasi azione ex proprietate rende improponibile il ricorso a quella di arricchimento senza causa.”

inadequados a despeito da intenção – ou não – de provocar consequências prejudiciais. Nesse ponto, ressaí a sempre discutível funcionalidade social.

Segundo Vincenzo Roppo, afirmar a função social do direito de propriedade significa refutar a sua tradicional e egoística concepção.²⁴

Como aponta Fernando Augusto Cunha Sá,²⁵ o direito subjetivo pressupõe a ordem objetiva e seu exercício tem que se subordinar aos valores e princípios vigentes. A função social é o conteúdo de todo direito subjetivo e com ele não se confunde.²⁶

Para Ebert Chamoun,²⁷ que subscreveu o anteprojeto do Código Civil de 2002 na parte referente ao Direito das Coisas, a propriedade deve ser considerada um *munus*, um poder que se exprime simultaneamente em direito e dever, sendo, pois, imprescindível a coexistência do interesse do proprietário e o interesse social.

No que concerne ao exercício do direito de propriedade, o Código Civil brasileiro, especificamente no art. 1.277, disciplinou o que se denominou de uso anormal da propriedade. A normalidade ou anormalidade decorre do exercício do domínio em conformidade ou desconformidade com o fim para o qual o direito de propriedade é reconhecido e tutelado pelo ordenamento jurídico.

O não exercício do domínio também pode configurar uso anormal ou exercício abusivo do direito. O direito de propriedade – assim como o direito de usufruto, uso, habitação, superfície e servidão –, embora tecnicamente não prescreva, pode extinguir-se pelo não uso.

Como acentua Fernando Augusto Cunha de Sá:²⁸

[...] o conteúdo do direito real e, em geral, de todas as relações jurídicas sobre coisas seria uma utilização, e assim, pois, como são abusivas certas formas anti-econômicas ou anti-sociais de exercício dos direitos, assim também a inércia no exercício, a pura passividade ou omissão [...] constituiria um abuso do respectivo titular.

²⁴ “Affermare la ‘funzione sociale’ del diritto di proprietà significa duque *rifiutare la tradizionale concezione individualistica ed ‘egoistica’* del diritto stesso. E infatti il concetto di ‘funzione’ implica che chi svolge un’attività la svolge non nell’esclusivo interesse proprio, ma tenendo come prevalentemente di interessi altrui (in questo senso, la potestà dei genitori sui figli è una funzione). (ROPPO, Vincenzo. *Diritto privato*. 6. ed. Torino: Giappichelli Editore, 2018. p 190-191)

²⁵ CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. 2ª reimpressão da edição de 1973. Coimbra: Almedina, 2005. p. 304-305.

²⁶ Confira também RODOTÁ, Stefano. *El terrible derecho: estudios sobre la propiedad privada*. Tradução de Luis Díez-Picazo Madrid: Civitas, 1986. p. 215-216.

²⁷ CHAMOUN, Ebert. *Arquivos do Ministério da Justiça*. Rio de Janeiro, ano 32, n. 134, abr./jun. 1975. p. 1.

²⁸ CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. 2ª reimpressão da edição de 1973. Coimbra: Almedina, 2005. p. 221.

Em síntese, pode-se afirmar uma tutela indenizatória da propriedade pelo reconhecido ilícito civil subjetivo (art. 186) ou pelas variadas e reconhecidas hipóteses de ilícito objetivo (com destaque para o art. 187).

Não se desconsideram ainda as hipóteses típicas de ilicitude e de indenização. Nesse plano, ressaltem-se, pelo caráter regulamentar, as disposições concernentes ao direito de vizinhança (por exemplo, no Código Civil de 2002, regras inscritas nos artigos 1.278 e 1.312).

Discute-se, contudo, a possibilidade de tutela indenizatória a despeito da ilicitude do comportamento.

6. TUTELA INDENIZATÓRIA SEM ILÍCITO

Ao analisar os modelos italiano e norte-americano, Ugo Mattei conclui que a obrigação ressarcitória por dano patrimonial não necessariamente decorre de um comportamento ilícito.²⁹ A propósito, cita o disposto no art. 938 do Código Civil italiano (*occupazione di porzione di fondo attiguo – accessione invertita*), segundo o qual aquele que, de boa-fé, constrói em parte de terreno alheio pode adquirir essa parte mediante o pagamento de uma indenização.³⁰

Com efeito, são conhecidas várias hipóteses indenizáveis a despeito de comportamentos lícitos. Não se trata, aqui, de condutas justificadas pelas clássicas excludentes de ilicitude, que afastariam o dever de indenizar, mas de situações indenizáveis expressamente reconhecidas pelo ordenamento jurídico. Valendo-se da terminologia anglo-saxônica, não se trata de *tort*, mas de *compensation*.

No plano do ordenamento jurídico brasileiro, o rol é amplo.

De início, reconhece-se a possibilidade de indenização pelas diversas hipóteses de desapropriação (por interesse público, social, utilidade pública).

No Código Civil, os exemplos são vários. Limitemo-nos ao Direito das Coisas.

²⁹ “[...] la presenza di un'obbligazione risarcitoria non è di per sé sintomo di wrofulness del comportamento che cagiona il danno risarcibile nel diritto americano, né di illiceità nel diritto italiano. Il suo fondamento può essere infatti diverso da una fatti specie tortius negli Stati Uniti, così come dall'illecito aquiliano nel diritto italiano, sia che essa corrisponda al risarcimento di tutto il danno cagionato, sia che essa si limiti ad una porzione più o meno ampia dello stesso.” (MATTEI, Ugo. *La tutela inibitória e tutela ressarcitoria: contributo alla teoria dei diritti sui beni*. Milano: Giuffrè Editore, 1987. p. 403)

³⁰ Trata-se, segundo o autor, de uma consideração de eficiência econômica. “L’art. 938 contiene vice-versa ampie considerazioni di efficienza, concretantesi nel c.d. *favor aedificationis*.” (MATTEI, Ugo. *La tutela inibitória...*, p. 327).

Ao possuidor de boa-fé, segundo o art. 1.219, são indenizáveis as benfeitorias necessárias e úteis.

Assim como o modelo italiano, o Código Civil brasileiro (art. 1.255, parágrafo único) também reconhece a indenização pela acessão inversa.

Aos prejudicados pela especificação se reconhece o ressarcimento do dano (art. 1.271). Igualmente, em situações de confusão, comissão e adjunção (art. 1.272, § 2º).

As interferências prejudiciais, fundadas em interesse público, devem ser toleradas, observada a possibilidade de indenização (art. 1.278).

A indenização se justifica em situações de passagem forçada (art. 1.285) e passagem de cabos e tubulações (art. 1.286).

Esses e outros exemplos demonstram que a tutela indenizatória da propriedade/posse não decorre necessariamente de um comportamento ilícito, mas de um dever legal em que se busca o equilíbrio de interesses.

7. CONCLUSÃO

Reconhece-se um amplo instrumental para a tutela da propriedade.

Com efeito, pode-se tutelar a propriedade por intermédio das ações reais, variando-se a causa de pedir: propriedade (ações petitórias) e posse (ações possessórias).

Nesses procedimentos, reconhece-se a possibilidade de cumulação das tutelas específica e indenizatória. Não se trata, contudo, de uma alternativa, ao capricho do interessado ou do legitimado. Não se pode fomentar a pretensão indenizatória à custa da própria fruição da coisa objeto de tutela, sob pena de alguns comportamentos controversos.

Nessa ordem de ideias, a responsabilidade civil não se apresenta como principal mecanismo de tutela da propriedade.

Na impossibilidade da utilidade da tutela específica, pode-se defender a tutela indenizatória da propriedade pela responsabilidade civil e além dela, porquanto o ponto central é o prejuízo, a ausência de disponibilidade (total ou parcial) da coisa ao sujeito de direito, não se apresentando a ilicitude do comportamento como pressuposto absoluto ao regime protetivo patrimonial.

8. REFERÊNCIAS

ALPA, Guido. *Istituzioni di diritto privato*. 3 ed. Torino: UTET, 2001.

BIANCA, Massimo Cesare. *Commentario del codice civile*. In: GATT, Lucilla; TROIANO, Stefano (coord.). Roma: Dike Giuridica Editrice, 2014.

BONA, Marco; SCOTTI, Umberto. *La tutela del know-how: diritto industriale, del lavoro, penale e responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 2012.

BUSNELLI, Francesco D.; PATTI, Salvatore. *Danno e responsabilità civile*. 3. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2013.

BRUN, Philippe. *Responsabilité civile extracontractuelle*. 2. éd. Paris: Litec, 2009.

CARNELUTTI, Francesco. *Il danno e il reato*. Padova, 1930.

CARVALHO SANTOS, J. M. *Código civil brasileiro interpretado: direito das coisas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1937. v. 7.

CASTRONOVO, Carlo. *Responsabilità civile*. Milano: Giuffrè Editore, 2018.

CHAMOUN, Ebert. *Arquivos do Ministério da Justiça*. Rio de Janeiro, ano 32, n. 134, abr./jun. 1975.

CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. 2ª reimpressão da edição de 1973. Coimbra: Almedina, 2005.

ESPÍNOLA, Eduardo. *Posse, propriedade, compropriedade ou condomínio, direitos autorais*. Atualizado por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Bookseller, 2002.

FAIVRE, Yvonne Lambert; SIMON, Stéphanie Porchy. *Droit du dommage corporel: systèmes d'indemnisation*. 6. éd. Paris: Dalloz, 2009.

GAMBARO, Antonio. *Trattato di diritto privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti: La Proprietà*. Milano: Giuffrè Editore, 1990.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: procedimentos especiais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MATTEI, Ugo. *La tutela inibitória e tutela resarcitoria: contributo alla teoria dei diritti sui beni*. Milano: Giuffrè Editore, 1987.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 23. ed. Atualizada por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. 4.

PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. 8. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2017.

RODOTÁ, Stefano. *El terrible derecho: estudios sobre la propiedad privada*. Tradução de Luis Díez-Picazo Madrid: Civitas, 1986.

ROPPO, Vincenzo. *Diritto privato*. Sesta edizione. Torino: Giappichelli Editore, 2018.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1960, v. 6.

Recebido: 11.12.2018

Aprovado: 08.02.2019

Como citar: MILAGRES, Marcelo de Oliveira. A tutela indenizatória da propriedade pela responsabilidade e além dela. *Revista IBERC*. Belo Horizonte, v. 2, n. 2, p. 01-15, mai.-ago./2019.