

Código Civil Brasileiro Interpretado

Principalmente do ponto de vista prático

por

J. M. DE CARVALHO SANTOS

Advogado

DIREITO DAS SUCESSOES

(arts. 485-553)

Volume VII

7.ª EDIÇÃO

1961

Lintaria Freitas Bastos
e s. a. l.

RIO DE JANEIRO
R. Sete de Setembro, 111
C. Postal 899 - Telef. ETIEL
SALVADOR
FORTALEZA



SÃO PAULO
Rua 15 de Novembro, 62/66
C. Postal, 1823 - Telef. ETIEL
CURITIBA
PORTO ALEGRE

COPYLUX Copiadora
XI de Agosto
P132T 1 Fis. 4

F12

Para os seus efeitos, como ensina ASTOLFO DE RESENDE, a permissão e a tolerância podem se considerar sinônimas.

Exemplos: Tolerar, por amizade ou gentileza, que outrem passe por meu terreno, vá tirar água na minha fonte, abra janela no prédio situado a uma distância menor do que a legal do prédio vizinho, que é meu. Em todos esses casos e nos outros possíveis, entende-se que estas vantagens eu concedo por favor, reservando-se o direito de admitir que sejam mantidas quando bem entender e julgar conveniente, ficando o direito de quem usufrui tais favores limitado ao tempo em que eu consentir, pois é dependente de minha vontade. Ensina CLOVIS: "O agente colhe a sua vantagem, a título precário, sabendo que a poderá perder, a qualquer momento".

Com essa permissão ou aquela tolerância não cedo a posse do caminho ou da fonte, fazendo-lhes sentir, para, empregarmos a expressão de CLOVIS, "sempre o meu direito, ou porque para entrar no lugar onde se acha a fonte há uma cerca, ou outro indicio da minha posse, ou porque, em qualquer hipótese, e por qualquer modo, torna clara a precariedade dos seus atos" (*Obr. cit.*, com. ao art. 497).

E' da doutrina que os atos de permissão ou tolerância têm grande analogia com o precário, oriundos que são da mesma fonte. Mas dê-se se distinguem justamente no sentido de que o precário, em rigor, não tem lugar senão por uma concessão expressa e contratual, enquanto que os atos de tolerância resultam de abstenção, da permissão tácita, independentemente de qualquer contrato.

O consentimento inicial não basta para macular com o vício da precariedade a posse que em virtude dele se institui; a precariedade não data do dia da concessão ou da permissão, mas precisamente da época em que se verificou a recusa da restituição da coisa. Porque, como explica o douto TITO FULGÊNCIO, "é em uma *controversia possessionis* entre o concedente e o adversário que se manifesta,

Art. 497. Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância, assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos ou clandestinos, senão depois de cessar a violência, ou a clandestinidade.

1 — Não induzem posse... Em outros termos: os atos de mera permissão ou tolerância nunca serão atos, que traduzam, que proveem, que signifiquem posse. Qualquer desses dois vícios é um obstáculo à aquisição da posse. Porque ambos importam no exercício precário de um direito. Não constituem posse porque lhes falta o *animus tenendi*.

2 — Os atos de mera permissão ou tolerância... A precariedade, como é sabido, ocorre quando o detentor mantém a coisa em seu poder enquanto aprovar o senhorio, revelando-se sempre quando os atos que constituem o exercício de alguns dos direitos inerentes ao domínio se exercitam por mera permissão ou tolerância do proprietário.

A permissão se verifica quando o proprietário ou outro qualquer titular de um direito sobre uma coisa concede a outrem praticar a utilização não exclusiva dela, sem que, portanto, renuncie seu direito e até segunda ordem. Há na permissão o consentimento expreso e nisso ela se distingue da tolerância.

De fato, a tolerância, como a palavra indica, se verifica quando o proprietário, ou outro qualquer titular de um direito sobre uma coisa, não se opõe, sem que tenha consentido expressamente, que outrem pratique a utilização exclusiva, enquanto lhe aprovar, sem nunca renunciar o seu direito. Concede-lhe a utilização, mas não exclusiva.

na disputa da posse, o abuso de confiança, por parte deste, que é o que caracteriza o precário" (*Obr. cit.*, n. 70).

A precariedade da posse não se presume. O possuidor não é obrigado a provar que sua posse está isenta desse vício. Ao reivindicante é que cabe provar haver precariedade.

Mas, por outro lado, é preciso ter presente que a precariedade é um vício absoluto, de sorte que toda pessoa pode dele se prevalecer (*Cfr. AUBRY et RAU, cit.*, § 180; TROPLONG, *cit.*, n. 369; LAURENT, *cit.*, n. 308).

Ao juiz cabe decidir, apreciando soberanamente, se os atos de posse invocados são ou não atos de mera permissão ou tolerância.

3 — Assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos ou clandestinos, senão depois de cessar a violência, ou a clandestinidade. A lei diz bem — não autorizam a sua aquisição, porque, em verdade, uma posse em seu começo pacífica não se torna violenta pela superveniência da violência, tanto mais quanto sempre foi considerado lícito reprimir a força pela força na defesa da posse.

O que o Código quer dizer é que o caráter violento da posse e esse vício se apreciam no momento da origem da... posse.

Uma vez cessada a violência começa a posse útil.

Os atos violentos são aqueles capazes de inspirar a uma pessoa o temor presente de se expor ou sua fortuna a um mal considerável, pouco importando que a violência seja feita ao próprio possuidor ou ao seu cônjuge, ascendentes ou descendentes.

A posse também é dita como violenta embora a violência seja praticada por um terceiro, a mandado da pessoa que a quer adquirir por esse meio, sendo tradicional a regra: aquele por ordem de quem a violência é feita é considerado ter cometido a violência em pessoa (*Cfr. POTHIER, Possession*, n. 23).

O exercício regular de um direito, porém, não constitui jamais ato de violência.

Ainda uma outra observação: a violência deve ter apenas a posse por objeto, diretamente, nunca como consequência da que é praticada em outro ato, do qual resultou a posse.

Assim, se alguém entra no gozo de um imóvel em virtude de um contrato de compra e venda, e se o vendedor impugna depois o contrato por causa de violência, isto não significaria que a posse era também violenta, porque nela o comprador limitou-se pacificamente e pacificamente continuou a gozar. Quando, em virtude do contrato, o vendedor fosse constrangido, pelos meios legais, a ceder a posse, nem ele poderá dizer-se espoliado, nem o comprador ser acusado de esbulho. *Non est vi defectus qui compulsus est in possessionem inducere* (ASTOLFO DE RESENDE, *cit.*, n. 50, citando LOMONACO).

Só depois de cessar a violência é que começa a posse útil. Não é outra coisa que dispõe o artigo supra, na sua última parte.

O que quer dizer que desde a violência cessou, os atos de posse daí por diante praticados constituirão o ponto de partida da posse útil, como se nunca tivesse sido evada de tal vício.

Exemplo: tiro pela força do poder de outrem um objeto móvel, ou expulso de um terreno, com violência, o antigo possuidor, ficando com o objeto na primeira hipótese ou, na segunda, no terreno me instalando como se fôra dono. Depois disso, numa ou noutra hipótese, me desarmo, não mais oferecendo perigo a minha ação, e não obstante o cidadão, de quem tirei o objeto, ou expulsei do terreno, não move a ação de esbulho que contra mim podia exercitar, procurando retomar, pelos meios legais, aquilo de que se vira privado pela violência ou a clandestinidade. O Código não permite essa atitude, deixando de ter caráter violento a posse, desde que houve aí defesa dela em face da superveniência de uma violência. Cessou esta. E adquiro a posse para todos os efeitos inclusive para o cômputo do prazo necessário ao usucapão.

O vício da violência, ensina TITO FULGENCIO repletando o ensinamento corrente, se aprecia no momento da origem da posse; uma posse em seu começo pacífica não se torna violenta pela superveniência da violência, por ser lícito repellar a força pela força na defesa da posse (TITO FULGENCIO, *cit.*, n. 70; AUBRY et RAU, *cit.*, § 180; DURANTON, *cit.*, vol. 21, n. 216; TROPLONG, *cit.*, n. 336).

Acrescenta TITO FULGENCIO: "Isso, porém, se entende de posse, que não *ad usucapionem*, porque esta precisa ser pacífica, franca, não inquietada, inconteste em todo o decurso do tempo necessário para gerar o usucapio ordinário (art. 551), e seria sem sentido o *usucapio incontestatam* se aplicado a quem não pôde conservar a posse senão pela violência" (*Obt. e loc. cit.*).

A violência, também é doutrina corrente, não vicia a posse senão com relação à pessoa contra a qual é dirigida (DURANTON, *cit.*, n. 210), sendo, pois, o vício apenas temporário e meramente relativo.

Não autorizam também a aquisição da posse os atos clandestínos. A posse denominada útil precisa ser pública, isto é, a que é exercida à vista e aos sentidos de todos aqueles que a quiserem ver e conhecer. Mas não é necessário que, de fato, ela seja conhecida dos terceiros interessados; é bastante que estes tenham podido conhecê-la, que dita posse, em suma, tenha sido exercida de forma a poder ser conhecida se os terceiros quisessem dela ter conhecimento (Cfr. AUBRY et RAU, *cit.*, n. 180; LAURENT, *cit.*, n. 286). A posse, portanto, deve ser manifestada por sinais exteriores que tenham podido chamar a atenção dos interessados.

Assim, por exemplo, é considerada clandestina a posse de um terreno, conquistado palmo a palmo, em imóvel de um vizinho, ao rogá-lo anualmente, como já decidiu a jurisprudência francesa.

O vício da clandestinidade é relativo; pode ser a posse clandestina com relação a determinada pessoa, não o sendo

com relação a outras. Ele é também temporário; cessada a clandestinidade, a posse útil começa a existir, como dispõe o artigo supra.

Ao contrário, lê-se no *Repertoire*, de LABORI, se a posse, pública no momento de sua aquisição, se torna em seguida clandestina, perde ela então sua eficácia pois que cessa de ter um dos caracteres que lhe são indispensáveis. Esta doutrina, porém, não deve ser admitida de um modo absoluto. Sem dúvida não será bastante sempre que a posse tenha sido originariamente pública para que permaneça boa e válida, não obstante sua clandestinidade ulterior; assim, por exemplo, aquele que, em ausência de seu vizinho, tiver publicamente cravado no imóvel deste um marco, do qual nenhum sinal exterior revelaria depois a existência, não teria a posse útil deste marco com relação ao seu vizinho. Mas, se, ao contrário, este último tiver tido conhecimento da usurpação cometida em seu terreno, se o marco tiver sido cravado à vista sua, parece que a usurpação não deverá ser reputada clandestina, não obstante a cessação dos trabalhos ou o desaparecimento dos sinais que a tornavam pública (LABORI, *cit.*, *Action Possessionnaire*, n. 55).

posse velente *conveniente* *posse útil*

no "ad usucapionem" *ad usucapionem*