

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO  
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E SOCIAL  
DISCIPLINA DE MONOGRAFIA - DPS 5801

**A POSSE E**  
**OS ATOS DE MERA PERMISSÃO OU TOLERÂNCIA**

por

**Rode Anélia Martins**

orientação  
  
**Dr. José Isaac Pilati**

Monografia apresentada no Curso de Graduação em Direito, do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito parcial para a conclusão do bacharelado em Direito.

Florianópolis, março de 1997.

*A meus pais,  
sobretudo pela confiança depositada.*

S U M Á R I O

<b>INTRODUÇÃO</b>	01
<b>1.ASPECTOS BÁSICOS DO INSTITUTO POSSESSÓRIO</b>	
1.1 Posse: em busca de uma construção conceitual	05
1.2 Teorias possessórias: da clássica polêmica romanista à contribuição moderna	11
1.3 Evolução da posse	19
1.4 Objeto	24
1.5 Natureza jurídica	26
1.6 Efeitos	29
1.7 Aquisição e perda	30
<b>2. OS ATOS DE MERA PERMISSÃO OU TOLERÂNCIA</b>	
2.1 Os vícios	36
2.2 A precariedade e os atos de mera permissão ou tolerância	38
2.3 Para uma conceituação integradora	44
2.4 Distinção dos atos de mera permissão ou tolerância e outras detenções	48
2.5 Efeitos específicos	51
<b>3. OS JULGADOS CATARINENSES DE 1980 A 1996</b>	
3.1 O Significado dos Julgados	54
3.2 Tabela única	55
3.3 Análise dos acórdãos sob o prisma do argumento determinante	57
3.4 Algumas constatações e reflexões	74
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b>	82
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b>	84
<b>LISTAGEM DE ACÓRDÃOS</b>	88

## INTRODUÇÃO

A pesquisa desenvolvida neste trabalho tem por objeto o estudo dos "atos de mera permissão ou tolerância" dentro do instituto civil da posse, na medida em que tais atos se constituem elementos impeditivos à sua aquisição. O tema é um dos recortes do instituto, motivo pelo qual exige o prévio delineamento dos aspectos gerais da posse.

Sofrendo, talvez, mais que qualquer outro instituto do direito privado a influência de fatores sociais, ele tem apresentado, ademais, dificuldades de interpretação em todos os aspectos, inclusive no que diz respeito ao tema específico que vamos examinar. Não é novidade que a posse sempre gerou controvérsias quanto à sua origem histórica, seus fundamentos, seu conceito e seus efeitos, sem falar agora, na sua função social.

Afirmam alguns juristas que toda a estrutura dogmática do sistema possessório repousa na aquisição da posse, porque é ao ser adquirida que ela se reveste dos caracteres que, afinal, determinarão seus efeitos. Daí a importância dos fatores impeditivos da sua aquisição, dentre os quais estão os atos de mera permissão ou tolerância, cuja amplitude conceitual e cujo campo probatório possibilitam a criação de viés muito privilegiado pelas partes (no foro), na tentativa de descaracterização de uma posse da parte *ex-adversa*.

Destaca-se que a atenção especial fica para a posse (contraditada ou descaracterizada pelos atos de mera permissão ou tolerância) de bens imóveis e servidões, embora se reconheça a gravidade e mesmo o fascínio de outros aspectos polêmicos que a jurisprudência revela.

O método de abordagem (sistemática de raciocínio) da pesquisa, é preponderantemente indutivo, na medida em que as conclusões são retiradas do exame de casos concretos. Já o método de procedimento (utilizado para materializar a investigação), é histórico, e sobretudo comparativo, evidenciando as semelhanças e as oposições. Quanto metodologia utilizada na confecção deste, seguimos as orientações constantes na obra "*A Monografia Jurídica*" de EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE.

Assim, o plano de desenvolvimento do trabalho consiste em três capítulos, dispostos da seguinte forma:

O primeiro envolve os aspectos gerais do instituto possessório, com vistas aos mais importantes e relevantes ao enfoque dos atos de mera permissão ou tolerância; iniciando pelos conceitos básicos, e com a preocupação dirigida a um entendimento mais moderno do instituto. Também abordaremos, em relação à posse, sinopticamente: as teorias de maior relevância à sua fundamentação; sua evolução, desde as bases romanas, até a codificação pátria atual; o objeto da relação e suas principais controvérsias; a natureza jurídica e os seus fundamentos, assim como aspectos pertinentes a aquisição, perda e efeitos respectivos.

O segundo capítulo aborda os atos de mera permissão ou tolerância, procurando apresentar e discutir, além de construções doutrinárias relevantes, especialmente, o vício da precariedade, a distinção em relação aos outros casos de detenção, que tanta semelhança apresentam com a tolerância e a permissão; como também os efeitos que eles podem produzir.

O terceiro e último capítulo tem o intuito de complementar o que foi trabalhado nos capítulos antecedentes; trata de relatar uma pesquisa empírica de julgados do período de 1980 a 1996 publicados pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC) (cujas ementas

estão dispostas por ordem cronológica ao final deste), buscando examinar os aspectos quantitativos e qualitativos, tais como a coerência e a precisão conceitual das decisões, no que tange aos atos de mera permissão ou tolerância. A intenção é buscar elementos para discutir a posse sob o prisma dos atos de mera permissão ou tolerância, discussão que certamente não se esgota nos limites de uma simples monografia.

Cumprido destacar, finalmente, que entendemos a posse enquanto um estado de fato, um poder sobre a coisa, capaz de excluir terceiros e, cujo aproveitamento econômico atende a uma necessidade humana, sendo tutelado pelo ordenamento jurídico enquanto melhor direito não lhe sobrevêm. Por sua vez, os atos de mera permissão ou tolerância constituem aquela concessão expressa ou tácita do legítimo possuidor em favor de terceiros a praticar atos que normalmente não são permitidos na coisa alheia, em decorrência de relações de confiança, mas revogável a qualquer tempo e que portanto não induzem posse.

O tema, sem dúvida, é de grande atualidade, na medida em que é crescente a disputa pelo solo urbano e rural, acirrando a especulação imobiliária e os conflitos, gerando uma maior litigiosidade em relação aos imóveis. Em épocas de crise, o bem imóvel representa um investimento mais seguro (para aqueles que podem investir) ou um grande sonho dos mais pobres, e mais ainda, daqueles que necessitam da terra para sobreviver.

*situação fática com carga potestativa que, em decorrência da relação sócio-econômica formada entre um bem e um sujeito, produz efeitos que se refletem no mundo jurídico” (grifo nosso).*

Embora não seja a intenção abordar especificamente a função social da posse, ignorá-la, entretanto, seria no mínimo, uma afronta à evolução dos institutos jurídicos; porquanto na construção conceitual, imprescindível incorporar à posse sua função social, como requisito. Sem embargo, o conteúdo deste conceito revela o chamado *substrato ideológico do Direito* e não há razão, desde que se tem consciência, negar os fatores determinantes das instituições que compõem a base do Direito. É certo também que esse substrato se mostra “*pelo fato de que as instituições jurídicas refletem a gerência dominante das forças sociais, muito embora, o Direito tanto condiciona quanto pode ser condicionado*”<sup>9</sup>.

A esse respeito, muito oportuna e com razão é a crítica de FACHIN<sup>10</sup>:

*“Tem trânsito livre na ciência jurídica moderna a noção de que a posse é mera exteriorização da propriedade, admitindo-se excepcionalmente a figura do possuidor não proprietário. Enjaular o fenômeno possessório dessa forma corresponde a uma visão superada pela realidade, mais ainda não reconhecida. Esse confinamento hoje inaceitável é contraditado pela prioridade histórica da posse sobre a propriedade. Cronologicamente, a propriedade começou pela posse, geralmente posse geradora de propriedade, isto é, posse para a usucapião. Além disso, enquanto vinculada à propriedade, a posse é um fato com algum valor jurídico, mas como conceito autônomo, a posse pode ser concebida como um direito”.*

A posse qualificada, à medida em que instaura nova situação jurídica, não é somente o conteúdo do direito de propriedade, mas principalmente, sua *causa* (sua

<sup>9</sup> NEVES, Antônio Castanheira, *apud* FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea*, p. 09.

<sup>10</sup> FACHIN, L. E. *Idem*, p.13.

fonte geradora), e sua *necessidade*, pois exige sua manutenção, sob pena de recair sobre aquele bem a força aquisitiva.

Com lucidez FACHIN<sup>11</sup> distingue o plano da função social da posse do da propriedade. Na propriedade, a doutrina da função social corresponde a uma alteração conceitual do regime tradicional, estático: porém, não é questão de essência, mas pertinente a uma parcela da propriedade que é a sua *utilização*. É pois, uma limitação fixada no interesse público, imposta ao conteúdo do direito de propriedade, representando uma projeção da reação anti-individualista. Seu fundamento é “*eliminar da propriedade privada o que há eliminável*”, na expressão de HERNÁNDEZ GIL<sup>12</sup>.

Na posse a função social é muito mais evidente do que na propriedade, que, mesmo sem uso pode se manter como tal. “*O fundamento da função social da posse revela o imprescindível, uma expressão natural da necessidade*”<sup>13</sup>. Ensina HERNÁNDEZ GIL<sup>14</sup> que deve ser vista em *dois sentidos* a função social da posse: primeiro, em que a ordenação jurídica seja expoente da realidade social<sup>15</sup>; segundo, em que a função social tende a modificar determinadas estruturas sociais e os correspondentes quadros jurídicos. Evidentemente, tal argumentação envolve aspectos multifacéticos, em geral, desprezados pela doutrina tradicional, mas é sempre salutar recordar que “*teorizar não é prescindir da realidade, mas sim explicá-la em todos os seus aspectos*”<sup>16</sup>.

<sup>11</sup> FACHIN, L. E., *Idem*, p.19.

<sup>12</sup> GIL, Antônio Hernández. *Apud* FACHIN, L. E., *Idem*, p.19-20.

<sup>13</sup> FACHIN, L. E., *Idem*, p.20.

<sup>14</sup> GIL, A H. *Apud* FACHIN, L. E., *Idem*, p.20.

<sup>15</sup>O referido professor paranaense alerta que, formalmente, isto só pode ser concebido mediante um procedimento de indispensável base democrática na elaboração das normas.

<sup>16</sup> FACHIN, L. E. *Idem*, p.20. Ao optar pela defesa da função social da posse, assim como o citado professor espanhol Antônio Hernández Gil, é de maior importância o fato, do ponto de vista jurídico e social, ensinando que “*toda a realidade social é afetada pelo direito, do mesmo modo que esta resulta afetada por aquele*”. (*Apud* FACHIN, *Idem*, p.20).



## 1.2 Teorias possessórias: da clássica polêmica romanista à contribuição moderna

Procurando fixar a noção de posse a partir dos textos romanos, duas conhecidas teorias se destacam, as quais podem ser denominadas de clássicas, por sua larga repercussão na civilística e nas legislações modernas de diversos países: as teorias subjetiva e objetiva, respectivamente, de SAVIGNY e IHERING. Muito já se produziu a partir desse dualismo<sup>20</sup>, seja unindo ambas as teorias, seja incorporando novos elementos ao instituto enquanto exigência da modernidade e até mesmo menosprezando o antagonismo clássico<sup>21</sup> entre os subjetivistas e os objetivistas. De qualquer modo, as sistematizações de SAVIGNY e a de IHERING, e conseqüentemente as suas diferenciações, fazem-se presentes até hoje nos diversos sistemas jurídicos.

Porém, não poderíamos deixar de apresentar, embora muito sucintamente, a *teoria do fato sócio-econômico potestativo*, adotada pelo juiz e professor catarinense JOEL DIAS DE FIGUEIRA JÚNIOR<sup>22</sup>, cuja riqueza e firmeza na tentativa de superar as teorias já mencionadas, merece, no mínimo, um registro, além do que, incorpora muitos aspectos, como por exemplo a função social da posse, presentes nas demais teorias possessórias contemporâneas, entre elas, as *sociológicas*, que, serviram-lhe de base.

<sup>20</sup> Citam-se, conforme FIGUEIRA JÚNIOR, J. D. Op. cit., p. 88-93: a *Teoria da Causa Possessória ou da Vontade Abstrata ou Típica*, preconizada pelo italiano Contardo Ferrini, cuja construção é intermediária entre as teorias subjetiva e objetiva; as *Teorias Ecléticas*, elaboradas por vários juristas italianos que tentaram conciliar as duas teorias clássicas; a *Teoria da Realidade Sócio-econômica*, defensora de que as anomalias à teoria possessória, representada por figuras típicas, como a do precarista, por exemplo, constituem-se em um *jus singulare*, tuteladas por razões sociais e econômicas; as *Teorias Sociológicas*, surgidas no início deste século, que prescindindo do elementos *corpus e animus*, analisam a posse sob o aspecto social, no cumprimento de sua *função social*, ultrapassando o individualismo das doutrinas clássicas, aglutinando juristas como Perozzi, Raymond Saleilles, Antônio Hernández Gil e entre nós, vários, como o professor da UFPR, Luiz Edson Fachin.

<sup>21</sup> Nesse sentido, pronunciou-se FACHIN, L. E., op. cit., p.27: “*Abstraindo-se os aspectos teóricos, a questão se resumiria em saber se certas pessoas, como locatários, comodatários, e depositários, têm posse ou detenção. Para Ihering, têm posse. Para Savigny, é detenção. Do ponto de vista prático, a postura de Ihering é realmente mais vantajosa, porque tais pessoas gozam de proteção possessória e podem invocar os interditos*”.

<sup>22</sup> A exposição e defesa é feita na sua obra intitulada “*Posse e ações possessórias*” e posteriormente trabalhada e admitida enquanto uma variante das chamadas teorias sociológicas em “*Liminares nas ações possessórias*”.

### 1.2.1 Teoria subjetivista.

Para o jurista alemão FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY (1779-1861), expoente da chamada Escola Histórica, a posse resulta da conjunção de dois elementos: o *corpus* e o *animus*.

O *corpus* é a apreensão física, o contato material com a coisa ou atos simbólicos que o representem. É caracterizado como a faculdade real e imediata de dispor fisicamente da coisa e de defendê-la das agressões de quem quer que seja: não é a coisa em si, mas o poder físico da pessoa sobre a coisa. O fato exterior em oposição ao interior. Basta a simples presença do adquirente para que se perfaça a aquisição da posse. Mas, se no local achar-se outra pessoa que se atribua a posse, ela somente a adquire com o seu consentimento ou seu afastamento pela violência.

O *animus* é a intenção de ter a coisa para si ou com a intenção de proprietário. Não é a convicção, mas a vontade: o *animus domini*. Logo, não se adquire a posse somente pela apreensão física, mas é preciso verificar a intenção de quem detém a coisa, pois em não existindo, haverá mera *detenção* ou “posse natural”, que não produz efeitos jurídicos. É o que ocorre ao locatário, ao comodatário, ao depositário, ao mandatário e tantos outros, que por título análogo, têm o poder físico sobre determinadas coisas, porém sem *animus domini*.

A propósito, esse subjetivismo é criticado até hoje, de modo generalizado, por fazer depender a posse de um estado íntimo difícil de ser precisado concretamente.

Como os romanos dispensavam a proteção possessória aos titulares de certos direitos que não podiam ter o *animus domini*, SAVIGNY criou uma terceira categoria a que denominou de *posse derivada*. Nessa situação estavam o credor pignoratício, o precarista e o depositário de coisa litigiosa. A causa pela qual a respectiva coisa se

achava sob o poder dessas pessoas não era translativa de domínio, razão por que o seu poder era limitado. Entretanto, motivos especiais levaram o pretor a conceder-lhes a proteção possessória. Era necessário outorgá-la para que pudessem conservar a coisa que lhes fora confiada.

E, assim, devido à causa especial da tradição, eram eles considerados, também, possuidores, embora não pudessem ter a vontade de se comportar como se sua fosse a coisa.

Era uma *posse anônima*, distinta da *posse civil*, que preenchia os dois requisitos anteriormente expostos, e justificava SAVIGNY que naquela a transferência era apenas do *jus possessionis* (posse sem titularidade).

Por sua vez, a justificativa da defesa da posse era em decorrência do princípio geral de que toda pessoa deve ter a proteção do Estado contra qualquer ato de violência.

Embora pese a predileção pela teoria objetivista<sup>23</sup> nas legislações do século XX, concessões ao sistema de SAVIGNY encontram-se em todos os códigos que optaram pela primeira. Desse modo, vive o interesse em conhecer, embora sumariamente, os resultados das investigações desse eminente romanista.

---

<sup>23</sup> GOMES, *Direitos reais*, p. 23-24. Não obstante pequenas modificações, os Códigos da Suíça, China, México e Peru, por exemplo, seguiram as orientações objetivistas do BGB, o Código Civil Alemão. O Código italiano, dos mais novos, no entanto, não se deixou influenciar, conservando-se fiel à doutrina clássica, que segundo diversos juristas, é prestigiada em obra de alto padrão técnico.

### 1.1.2 Teoria objetivista.

Buscando refutar a tese da subjetividade, RUDOLF VON IHERING (1818-1892) formula a sua teoria, a que chamou de **objetivista**. Seu fundamento é a negativa da existência histórica e normativa na *possessio* romana do *animus domini*.

A partir do critério objetivo, a *aparência*, define o *corpus* como o elemento materialmente observável, relação exterior que há normalmente entre o proprietário e a coisa. Essa aparência de propriedade, para se configurar não necessita do exercício do poder físico sobre a coisa.

O elemento psíquico, o *animus*, é a vontade de proceder como habitualmente procede o proprietário - *affectio tenendi* - independente de querer ser dono. O *animus* está sobretudo no *corpus*, ou seja, a posse é a exteriorização da propriedade, traduzida na conduta normal externa da pessoa em relação à coisa, com o fito de lograr o seu aproveitamento econômico. Para ele, ao se proteger a posse, não se a protege em si mesma, mas a propriedade que ela faz supor, ou seja, a fundamentação da defesa possessória dá-se com base na facilitação à defesa da propriedade<sup>24</sup>. Ao *corpus*, basta que cumpra a sua finalidade econômica.

É inegável que está sempre em foco a idéia de uma *situação de fato* em que uma pessoa, independentemente de ser ou não proprietária, exerce sobre uma coisa poderes ostensivos, conservando-a e defendendo-a. Conseqüentemente, os efeitos da posse, e, especialmente, a proteção possessória, são estendidos àqueles que, na concepção savigniana, se consideram detentores, como o locatário, o comodatário.

---

<sup>24</sup> A justificativa histórica à teoria de Ihering calcada na propriedade deve-se ao período de transição em que ele viveu entre o método histórico-natural e o positivismo. Nessa época o mundo europeu vivia o triunfo do liberalismo, do individualismo e o início das codificações, indo ao encontro disso uma concepção de posse como exteriorização do domínio, que permite a proteção possessória assegurar ao indivíduo - o proprietário - meios eficazes para garantir seu poder. Assim, a teoria de Ihering fez fortuna.

Além disso, sendo a posse a visibilidade do domínio, permite aos que tem mera detenção defender-se por via das ações possessórias ou interditos, tornando, na opinião de CAIO MÁRIO<sup>25</sup>, a teoria objetivista mais conveniente e satisfatória, até porque a produção de provas é menos dificultosa.

O maior alvo de críticas por parte de IHERING à teoria de SAVIGNY é quanto a necessidade do elemento subjetivo (*animus domini*) à configuração da posse, considerando essa doutrina falsa e demonstra que a diferença entre *posse* e *detenção* não está na natureza particular da vontade de possuir, mas na *causa de aquisição*. IHERING afirmava que o critério do *poder físico* sobre a coisa é insuficiente por não abranger todas as relações possessórias, mas somente as que incidem em bens que devem ser guardados e defendidos; já o seu critério da *destinação econômica da coisa* permite reconhecer facilmente a existência da posse, mesmo sem ter a menor idéia de sua noção jurídica. Sua existência se atesta por sinais exteriores, torna visível a propriedade.

Em suma, se na relação de sujeição da coisa ao sujeito há por parte deste, o *animus domini*, só aí há posse para SAVIGNY, e em não existindo o elemento subjetivo há sempre mera detenção. Já para IHERING, sempre naquela relação de poder de fato há posse, exceto se incidir um impedimento legal, configurando então a detenção.

Também não faltam críticas à teoria objetivista. A começar pelo fato do conceito de posse girar em torno da propriedade. Assim, de HERNÁNDEZ GIL<sup>26</sup>: temos a lapidar contradita: “*É perfeitamente possível um sistema de convivência sem*

---

<sup>25</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, p. 17.

<sup>26</sup> *Apud* FACHIN, op. cit., p. 26, cuja transcrição é no original: “*Es perfectamente concebible un sistema de convivencia sin propiedad privada. No lo es, en cambio, sin el mutuo reconocimiento de las más elementares relaciones posesorias*”.

*propriedade privada. Não o é, ao contrário, sem o mútuo reconhecimento das mais elementares relações possessórias*". Já MATOS PEIXOTO<sup>27</sup>, diante da assertiva objetivista de que, sendo o *corpus* a exterioridade da propriedade e conseqüentemente, não pode haver posse onde não pode haver a propriedade, bem como onde esta é possível, a posse também o é, dispara: "*é um anacronismo, pois a posse é anterior a propriedade*".

### 1.2.3 A teoria do fato sócio-econômico potestativo.

Esta teoria busca explicar o fenômeno possessório saindo do que chama de "eixo vicioso" em torno do qual muitas teorias giram, que consiste nos elementos psicológico (*animus*) e material (*corpus*), cuja gravitação tem possibilitado justificar, erroneamente, a posse como simples exteriorização da propriedade.

Na crítica ao elemento subjetivo de SAVIGNY, dá razão a IHERING por negar a existência do *animus domini* nas fontes romanas e o equívoco em que incorrera o primeiro. Mas, não poupa IHERING por não ter conseguido fugir do elemento subjetivo, que não chamou de *animus domini*, mas de *correspondência exterior da propriedade*, numa posição entre sujeito e coisa. "*Na verdade, o elemento subjetivo passou a ser adequadamente concebido, isto é, como a manifestação do animus através de atos exteriores do possuidor*"<sup>28</sup>.

Para esta teoria, o requisito material e psicológico fundem-se para para formar um elemento único, onde reside a essência da fundamentação e da própria existência da relação possessória, qual seja, o **poder de fato**, sem o qual não se pode falar em posse,

<sup>27</sup> *Apud* FACHIN, E. Op. cit., p. 29.

<sup>28</sup> FIGUEIRA JÚNIOR, J. *Das ações possessórias*, p. 93.

apenas de outra situação desprovida dos efeitos jurídicos a ela peculiares. É o *poder de fato* social e econômico o elemento mais evidente e indispensável do instituto possessório, sendo entendido como a sujeição da coisa à pessoa e a senhoria da posse sobre a coisa, enquanto que *corpus e animus* são apenas componentes estruturais prescindíveis do fato-potestade. A propósito, a crítica que faz a proeminência destes elementos nas teorias clássicas é quanto ao seu divórcio de uma concepção sócio-econômica da posse, que requer maior amplitude e abrangência, “*devendo amoldar-se às necessidades atuais do possuidor e às finalidades que o instituto deve atingir*”<sup>29</sup>.

Nessa perspectiva, conceitua FIGUEIRA JR.<sup>30</sup>:

“*A posse nada mais é do que uma relação fática sócio-econômica com carga potestativa (poder de ingerência) formada pelo sujeito titular e um bem da vida à obtenção da satisfação de suas necessidades, suficientemente apta a excluir terceiros que possam prejudicar de alguma forma o seu normal desenvolvimento, tornando-se geradora de efeitos que se refletem no mundo jurídico*” (grifo nosso).

Consoante a exposição acima, a *posse não é o exercício do poder*, mas o *poder sócio-econômico* propriamente dito que tem o titular da relação fática sobre um determinado bem, caracterizando-se a posse tanto pelo exercício quanto pela possibilidade de exercício. Ela é a *disponibilidade* e não a *disposição*; é a *relação potestativa* e não necessariamente o efetivo exercício.

Diante da relação posse-propriedade, esta teoria inverte, de um certo modo, a teoria de IHERING. Entende pertencer a propriedade ao mundo jurídico, que é formado por um aglomerado de regras sociais estáticas e abstratas. Diversamente, a posse

<sup>29</sup> FIGUEIRA JÚNIOR, J. *Idem*, p.95.

<sup>30</sup> FIGUEIRA JÚNIOR, J. *Idem*, p. 94.

pertence ao mundo dos fatos, onde a propriedade *exterioriza-se* através dela para atingir seus fins sociais e econômicos.

A tutela estatal da posse dá-se em razão do seu caráter sócio econômico potestativo, ou seja, diante da função social, econômica e política que desempenha, por si só, em toda a sociedade organizada, permitindo que os bens da vida atinjam o seu escopo em benefício do possuidor e no cumprimento da satisfação das necessidades coletivas. “*Não se protege a situação possessória tendo por causa exclusiva ou preponderante a tutela dos direitos reais*”<sup>31</sup> e corrobora com REZENDE<sup>32</sup>:

*“O possuidor deve ser protegido pelo simples fato de possuir, por isso só que possui, qualquer que seja a origem da sua posse. A posse não é protegida por ser proibida a violência; a violência é que é proibida porque a posse é e deve ser protegida. É na posse mesma, uma posse em si mesma, e não no caráter ilícito ou delituoso da turbção que se deve buscar a razão de ser da proteção possessória. (...) O possuidor é protegido, não porque seja uma pessoa; toda pessoa deve ser protegida contra atos ilícitos ou delituosos; mas sim porque é possuidor, e, como tal, tem mais direito do que aquele que não possui”.*

Sendo uma variante das teorias sociológicas, essa teoria incorpora a função social<sup>33</sup> enquanto parte da posse, um elemento definidor e não algo que se justapõe. Ensina GIL<sup>34</sup> que “*A função social predicada da propriedade privada é uma limitação*

<sup>31</sup> FIGUEIRA JÚNIOR, J. *Idem*, p. 100.

<sup>32</sup> REZENDE, Astolpho. *As ações possessória - a posse e a sua proteção*, v.1, p. 47-48.

<sup>33</sup> HERNÁNDEZ GIL, em sua obra *La Posesión*, apud FIGUEIRA JÚNIOR, *Posse e Ações possessórias*, p. 92-93, precisa que “*A função social atua como pressuposto e como fim relativo às instituições e às situações ordenadas pelo direito. Como pressuposto é um dado inerente às relações de interação e interdependência. (...) O fator social forma parte da infra-estrutura do ordenamento jurídico que pressupõe e organiza relações de interdependência. (...) A função como um fim não é um mero mostrar-se do social, das instituições jurídicas. Entranha uma consideração do para que. Supõe uma reflexão teleológica que se enuncia em um juízo de valor. Para tanto, requer uma atitude axiológica e um certo modo prescritiva*”. E conclui: “*A função social como pressuposto e como fim encontra-se na posse. Esta, amplamente considerada, é a instituição de maior densidade social, enquanto expressa de maneira primária a projeção do homem em direção a si mesmo. (...) Encontra-se tão apoiada no acontecimento social que o ordenamento jurídico remete com freqüência ao socialmente permitido*”.

<sup>34</sup> Apud FIGUEIRA JÚNIOR, J. *idem*, p.101-102, o professor espanhol destaca ainda que “*A posse, tal como aparece configurada nos códigos, é, todavia, um legado de individualismo e de liberalismo. O esquema vem a ser o seguinte: posse a imagem do direito de propriedade; propriedade igual a dimensão econômica da liberdade individual, logo, posse equivale a liberdade individual, de fato, depende da última e definitiva palavra do proprietário. Diante disso, devemos insistir: a posse, no seu contexto de situação primária, não é a mera aliada da*



*ou um corretivo desta; a respeito da posse forma parte de seu próprio modo de ser e de realizar-se. Não é imaginável nenhum modelo de sociedade em que falte a posse, porque está à serviço das grandes exigências de todo ser humano, que são a necessidade e a liberdade”.*

### **1.3. Evolução da posse.**

#### **1.3.1 Origem.**

A origem da posse enquanto um estado de fato juridicamente protegido tem versões diferenciadas. SAVIGNY, adotando a teoria de Niebuhr e IHERING são os expoentes cada qual de uma versão distinta<sup>35</sup>.

A tese de que a posse surgiu com a repartição de terras conquistada pelos romanos é defendida por Niebuhr. Essas terras eram loteadas, sendo uma parte dos lotes - os *possessiones* - cedida a título precário aos cidadãos e a outra destinada à construção de novas cidades. Como os beneficiários não eram proprietários dessas terras não podiam lançar mão da ação reivindicatória para defendê-las das invasões. Aparece, então, um processo especial - o interdito possessório - destinado a proteger juridicamente aquele estado de fato.

Por sua vez, IHERING aceita a teoria que explica o surgimento da posse na medida arbitrária tomada pelo pretor, que, devido a atritos eclodidos na fase inicial das ações reivindicatórias, outorgava discricionariamente, a qualquer dos litigantes, a guarda ou a detenção da coisa litigiosa. Em virtude da *inércia* das partes, essa situação provisória foi-se consolidando.

---

*propriedade privada; tampouco simples expoente da liberdade individual, ainda que a pessoa manifeste-se sempre como ser livre, incorpora outras exigências” (Idem).*

<sup>35</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, p.27-28.

Em consequência, o contemplado com a medida provisória determinada pelo pretor, passava a não ter mais qualquer interesse no prosseguimento da ação reivindicatória, uma vez que sua situação praticamente já lhe assegurava o domínio. Ante a posição inferior, a parte contrária interessava-se também pela pretensão de ver decidida a reivindicatória, pois a situação de fato declarada em favor do antagonista, por si só, já tornava praticamente inoperante qualquer meio de prova a seu favor.

Com o tempo, substituiu-se a medida discricionária por critérios mais justos e lógicos, de modo que aquela situação de fato provisória, reconhecida arbitrariamente, passou a beneficiar aquele que melhores provas oferecesse na fase inicial da reivindicatória, outorgando-lhe a coisa litigiosa até o julgamento definitivo da ação. Com isso as partes desinteressavam-se, pois a robustez probatória tornava quase que definitiva a situação. O antagonista não dispendia de outras provas e prevendo o malogro de sua pretensão, também se omitia de efetivar outras diligências ao prosseguimento do feito. Assim, o estado de fato consolidava-se e, a despeito de ficar a questão da propriedade suspensa, o objetivo, em parte, estava alcançado com a retenção jurídica do bem.

O processo preliminar da reivindicatória, aos poucos, tomou o caráter de ação de mérito, redundando num autêntico processo declaratório do estado de fato existente, cujo escopo também era de garanti-lo e defendê-lo juridicamente. Destarte, a posse valorizou-se sobremaneira com o bafejo de legalidade que alcançou, merecendo proteção jurídica por meio de ação própria. Era a posse uma consequência do processo reivindicatório.

Sem embargo, é razoável a constatação de FACHIN<sup>36</sup> de que o estudo da posse está diretamente relacionado com a compreensão do fenômeno da propriedade, depreendendo-se por aí razões sociais que determinaram a supremacia do direito de propriedade.

### 1.3.2 Do direito clássico à codificação moderna.

No direito contemporâneo, o instituto da posse precisa ser visto como resultado heterogêneo de princípios que chegaram até nós do direito romano, medieval, canônico e germânico, fruto de concepções variadas e decorrentes de momentos históricos, sociais, políticos e econômicos, absolutamente diversos.

O seu desenvolvimento nesses dois milênios, como situação do mundo fático, tutelável por intermédio dos interditos foi, indubitavelmente, muito grande, razão pela qual, o seu estudo dogmático precisa ser sistematizado em consonância com a nossa realidade.

CUBRÍA<sup>37</sup> no estudo do conceito romano de posse, distingue três grandes épocas: pré-clássica, a clássica e a justinianéia, nas quais o referido conceito não se conservou sempre imutável. Cronologicamente, o *usus*<sup>38</sup> precede a posse e conclui CUBRÍA: “*Daí se vê que o nascimento da posse encontra-se ligado à determinação de um conteúdo econômico privado, porque dotada do caráter de exclusividade e de pessoalidade, contrapõe-se aos caracteres de socialidade ou comunidade do uso*”. Na época clássica, à medida em que se concedem os interditos ao possuidor, firma-se a posse que conduz à usucapião, nem sempre coincidente com a posse protegida pelos

---

<sup>36</sup> FACHIN, E. Ob. cit., p. 13.

<sup>37</sup> CUBRÍA, Manuel Iglesias. *Apud* FACHIN, op. cit., p.23.

remédios possessórios. Essa diversidade de tratamento perdura até hoje, em reação ao locatário, ao comodatário, ao usufrutuário, entre outros. Aduz CUBRÍA<sup>39</sup> que “*a posse romana tem um caráter de fato, devendo ser debitada aos glosadores e pós-glosadores a crescente espiritualização da posse*”.

Assim, o direito ocidental contemporâneo recebeu toda essa carga, transportada através das Ordenações. Em seus estudos, constatou FACHIN<sup>40</sup>, que as Ordenações Filipinas continham apenas normas dispersas, conforme se depreende daquelas encontradas no Livro 3º, Títulos XL, LXX e LXVIII, parágrafos 2º, 10 e 3º. Registra-se a existência de leis extravagantes relativas aos remédios possessórios. Continuava a vigorar, pois, o Direito Romano com poucas modificações introduzidas. No direito anterior ao Código Civil brasileiro, ainda, dentre a legislação que regulava o uso dos interditos destacava-se: o Alvará de 9/11/1774; o Regulamento n. 737, de 25/11/1850; e a Consolidação de Antônio Joaquim Ribas, aprovada pela Resolução Imperial de 28/12/1876.

Ao contrário do Código Italiano, nosso Código Civil de 1916, por força dos arts. 485 e 487 bem como o novo Projeto de Código Civil (art 1.197)<sup>41</sup>, assumiu a linha de IHERING. Não obstante, fez concessões à teoria savigniana, levando muitos autores a concluir que nosso sistema é a simbiose das duas teorias básicas. É o que se pode verificar no confronto entre os arts. 493 e 520, alusivos à aquisição e perda da posse, respectivamente<sup>42</sup>.

---

<sup>38</sup>O *usus* aqui é entendido como a forma mais rudimentar e antiga de ter uma coisa. Em seu significado amplo, em princípio, reflete a situação dos que trabalham, cultivam e aproveitam a terra, sem ostentar um poder jurídico sobre ela.

<sup>39</sup> CUBRÍA, M. *Apud* FACHIN, op. cit., p.24.

<sup>40</sup> FACHIN, E. Op. cit., p. 24-25.

<sup>41</sup> DINIZ, M. Op. cit., p. 31

<sup>42</sup> DINIZ, M. *Idem, ibidem*.

Explica GOMES<sup>43</sup> que concessões ao sistema de SAVIGNY “ *se encontram em todos os Códigos, que preferiram a doutrina oposta. Desse modo, continua vivo o interesse de conhecer, sumariamente embora, os resultados de sua preciosa investigação*”. Assim, é possível verificar alguns traços de *subjetivismo*, como por exemplo, a necessidade do *animus domini* na posse *ad usucapionem* e a mera detenção em que não há posse como é o caso dos atos de mera permissão ou tolerância e o fâmulo da posse.

A codificação nacional em relação ao direito de propriedade é de um direito real pleno; direito real por excelência, absoluto. Já a **posse** ocupa posição proeminente, gerada por uma situação de fato similar do domínio, segundo JHERING. No entanto, afirma PEREIRA<sup>44</sup> que “*de um lado levanta-se contra o absolutismo dos direitos reais a objeção no sentido de que nenhum direito é absoluto, mas todos tem o seu exercício condicionado às implicações sociais que conduzem a sua relatividade*”. Primeiro a posse, e depois a propriedade<sup>45</sup>: “*defesa daquela situação que retrata a exterioridade do domínio e de sua defesa provisória*”.

---

<sup>43</sup> GOMES, O. *Direitos reais*, p.17.

<sup>44</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, p. 03 - 06.

<sup>45</sup> Historicamente, a posse tem-se mostrado anterior à propriedade, como exemplifica a história do Brasil colonial. Assim, a primeira política fundiária adotada pelo Reino de Portugal foi a das Sesmarias, que consistiam na concessão de grandes extensões de terras aos donatários; em seguida passou a vigorar o regime da posse, que se baseava na exploração de pequenas extensões de terra não regularizadas. Em 1850 é instituída a 1ª Lei de Terras do Brasil, e a partir da vigência desta a aquisição dar-se-ia apenas sob a forma de **compra**. O regime da posse ( 1530 até a Resolução de 17 de julho de 1822), firmou-a como meio legítimo de aquisição da propriedade fundiária. Ainda, posteriormente a 1822 até a promulgação da primeira Lei de Terras (Lei 601 de 18 de setembro de 1850), o regime de posse fica prevalecendo, enquanto forma de ocupação das terras do Brasil. V. PREZZOTO, Mauro e MARTINS, Rode Anélia. *A desapropriação de terras, por interesse social, para fins de reforma agrária*, p. 04.

A propósito, afirma FIGUEIRA JÚNIOR<sup>46</sup> que “*não é através do domínio ou propriedade que os bens atingem os fins a que se destinam, mas através da posse, e somente por seu intermédio*”. Ademais, “*As grandes coordenadas da ação e experiência humana, que são a necessidade e o trabalho, passam pela posse*”<sup>47</sup>.

No que tange à tendência evolucionista no sentido de adequação à realidade social, prevê NORONHA<sup>48</sup> que a “*(...) afirmação da conveniência social tende a aumentar os poderes do locatário sobre os imóveis que habitam, em detrimento dos proprietários. O direito à moradia tende a ser considerado mais importante do que o direito de propriedade*” (grifo nosso).

Com a promulgação da Carta Magna de 1988, os institutos da posse e da propriedade revestiram-se de alguns caracteres que os ampliaram, dentre os quais a preocupação com a função social da propriedade e conseqüentemente, a função social da posse; aquisição por usucapião especial; política de reforma agrária; enfim, uma gama de novos princípios, balizando esses direitos.

Autores contemporâneos afirmam que a função social da posse integra, ao lado dos demais, requisito essencial de sua conceituação e caracterização.

É dentro desses parâmetros que se deve, hoje, conceber e sopesar, por via de conseqüência, os atos de mera permissão ou tolerância.

---

<sup>46</sup> FIGUEIRA JÚNIOR, J. *Posse e ações possessórias*, p.98.

<sup>47</sup> HERNÁNDEZ GIL, *apud* FIGUEIRA JÚNIOR, *idem, ibidem.*

<sup>48</sup> NORONHA, Fernando. *Direitos reais e direitos de crédito*, p. 22.

#### 1.4 Objeto.

O objeto da posse é qualquer bem corpóreo ou incorpóreo ou direitos<sup>49</sup>, sobre o qual é passível de se exercer um poder ou atributo dominial, como se dá com a enfiteuse, as servidões, o penhor.

Não estão excluídos da posse os bens que estão fora do comércio, pois em se tratando de bens público, com razão, assevera FIGUEIRA JÚNIOR<sup>50</sup> que

*“não encontramos motivos satisfatórios para inadmitir a posse de bens públicos, tendo em vista que, além de não existir no Código Civil qualquer dispositivo legal que impeça a efetivação do poder de fato sobre eles, a posse pertence a uma categoria totalmente distinta, que não se enquadra seja nos direitos reais, nos pessoais ou qualquer outro, integrando exclusivamente ao mundo fático”.*

Já em relação à extensão da posse, GOMES<sup>51</sup>, por exemplo, rompendo com a doutrina ortodoxa<sup>52</sup>, e fundamentando-se na linha objetivista de que a posse é a exteriorização de um direito, distende-a aos direitos pessoais<sup>53</sup> e até a certos direitos de crédito. FIGUEIRA JÚNIOR<sup>54</sup> explica que não se tem a posse dos direitos, mas sim *posse dos bens* sobre os quais incidem os respectivos direitos (sejam eles direitos

<sup>49</sup> Citado por Orlando Gomes, op. cit., p.31, ensina VICENTE RAO que os únicos direitos suscetíveis de posse são: o domínio; os direitos reais que dele se desmembram e subsistem como entidades distintas e independentes; e por fim, os demais direitos que, fazendo parte do patrimônio da pessoa, podem ser reduzidos a valor pecuniário.

<sup>50</sup> FIGUEIRA JÚNIOR, J. Op. cit., p. 159. Desse mesmo posicionamento comungam Osmundo Wanderley da Nóbrega, Moreira Alves e Pontes de Miranda, que concluem que a cláusula da inalienabilidade dos bens do Estado tem por corolário, senão necessariamente, a imprescritibilidade.

<sup>51</sup> GOMES, *Direitos reais*, p. 22

<sup>52</sup> Silvio Rodrigues e Washington de Barros Monteiro dizem ser inconcebível a existência de um poder fático exercitável sobre direitos, porquanto são abstrações. V. DINIZ, op. cit. p. 38 e 39.

<sup>53</sup> Cujo efeito prático seria cogitar da viabilidade do uso das ações possessórias nos casos em que não cabe o mandado de segurança. Maria Helena Diniz, op. cit., p.38-39, elenca os principais argumentos dos doutrinadores, baseados no Código Civil, em prol da posse dos direitos pessoais: 1) art. 485 que se refere ao exercício pleno ou não de alguns dos poderes inerentes ao domínio, ou propriedade, incluindo dessa forma, os direitos pessoais, pois a propriedade vai além dos direitos reais sobre coisas corpóreas; 2) art. 488, ao declarar que, se duas ou mais pessoas possuem coisas indivisas, ou estiverem no gozo do *mesmo direito*, poderá cada uma exercer sobre o objeto comum atos possessórios, contanto que não excluam os dos outros compossuidores; 3) art. 490, que caracteriza a boa-fé, se o possuidor ignora o vício ou o obstáculo que lhe impede a aquisição da coisa ou do *direito possuído*; 4) art. 206 e Decreto-lei n. 7.485/45, que se referem à *posse do estado de casado, de cônjuges e de filho*; 5) art. 1.579, que menciona a *posse de herança*.

<sup>54</sup> FIGUEIRA JÚNIOR, J. Op. cit., p. 158.

personais ou reais) em desmembramento potestativo no mundo fático, sendo, por conseguinte, possível a tutela da denominada *posse dos direitos*.

Em que pese a diversidade de opinião entre os juristas, parece-nos mais acertado a ampliação do objeto da posse, em consonância com um conceito possessório mais moderno e, principalmente, pela conseqüente abrangência da tutela que a posse enseja. Assim, há de se observar, pelo projeto do novo Código Civil<sup>55</sup> e a redação dada ao art. 1.198, que boa parte da jurisprudência e da doutrina recalcitrante terá que se modificar, posto que o projeto ao tratar da posse direta refere-se tanto à derivada do direito real como à do direito pessoal. É pois, uma evolução legislativa, porque se há inadmissão da proteção possessória aos direitos pessoais, como defender uma situação de fato consolidada ou de direito aparente merecedora de proteção e que não possui um remédio para tal, já que o mandado de segurança só protege direitos líquidos e certos?<sup>56</sup>

### 1.5 Natureza jurídica.

A natureza jurídica da posse suscitou controvérsias desde os romanos. Ora proclamam-na um fato<sup>57</sup>, ora dizem-na um direito, ora atribuem-lhe bivalência, aludindo a que é simultaneamente um fato e um direito. SAVIGNY sustenta que a posse é um fato, que se converte em direito, porque a lei o protege. Já IHERING propugna a tese de que a posse é um direito, já que para ele direito é o interesse juridicamente protegido.

<sup>55</sup> DINIZ, M. Op. cit., p. 41.

<sup>56</sup> DINIZ, M. *Idem*, p. 40, exemplifica com a suposição de um aluno de 3º. ano de Direito que tenha a sua matrícula cancelada em virtude de nulidade do exame vestibular, que havia passado despercebida e argumenta: "A discussão sobre o seu direito é muito difícil, pois se o estudante impetrar mandado de segurança, perdê-lo-á, uma vez que não há direito líquido e certo. Há uma simples aparência de direito, que é a posse. Ora, como Ihering proclama que se deve respeitar como se direito fosse toda a relação constituída que tem a aparência de um direito, há quem conclua pela possibilidade de proteção possessória desse direito pessoal. Trata-se da teoria do respeito à situação constituída".



Saindo do esquematismo, CAIO MÁRIO<sup>58</sup> ensina que “*A caracterização da posse precede à conceituação do direito subjetivo na simbiose dos elementos teleológicos e psicológicos, entendendo que é um poder de vontade para a satisfação de interesses humanos, em conformidade com a norma jurídica*”

Segundo a doutrina objetivista, a posse não perde o caráter de direito por se assomar uma situação fática. É um estado em que o titular procede em termos de lograr a satisfação de seus interesses, circunscrito pelos requisitos de exercício impostos pelo ordenamento jurídico, cujo cumprimento assegura a faculdade de invocar a tutela legal, através de ações específicas com as quais o possuidor se defende de qualquer ameaça, turbção ou esbulho. Dessa proteção legal decorre o caráter jurídico da posse, não lhe retirando tal caráter a circunstância de que o ordenamento protege também a posse injusta.

Face a visibilidade do domínio, a posse injusta é protegida legalmente e não a pessoa do que injustamente possui. O objetivismo está presente quando a lei protege aquele que adquire a posse viciosa contra terceiros, mas não contra a vítima. Logo, “*nascendo a posse de uma relação de fato, converte-se de pronto em uma relação jurídica*”<sup>59</sup>.

Para a doutrina nacional tradicional ou conservadora, presente na maioria dos manuais de direito civil, a posse enquanto um direito é sem embargos de opinião, e, especificamente<sup>60</sup>, um **direito real**<sup>61</sup>, estabelecendo um vínculo jurídico entre uma pessoa e uma coisa (*res*). Assim, a posse ostenta todas características possíveis dos

---

<sup>57</sup> Este é o posicionamento de MIRANDA, Pontes. *Tratado de direito privado*, p.7.

<sup>58</sup> PEREIRA, C. *Op. cit.*, p. 21.

<sup>59</sup> PEREIRA, C. *Idem*, p. 22.

<sup>60</sup> A Teoria Dualista divide os Direitos em Pessoais e em Reais.

direitos reais, tais como: 1. **aderência imediata à coisa**, sujeitando-a direta e imediatamente ao poder de seu titular<sup>62</sup>; 2. **poder ou direito de seqüela** (resgate): característica decorrente da primeira, onde o titular pode reaver o direito independentemente do estado físico da coisa; 3. **oponibilidade contra todos** (*erga omnes*), ou seja, todos são obrigados a respeitá-lo, donde dizer-se um direito absoluto; 4. **exclusividade**, ou seja, uma vez instalado o direito real sobre uma coisa, nenhum outro direito real poderá instalar-se sobre a mesma; 5. **são em números cláusulos**: só são criados por lei, outorgando a esses direitos o “status” de direitos reais; 6. **indeterminação do sujeito passivo**; 7. **objeto obrigatoriamente determinado**; 8. **passível de abandono**.

Mas a concepção acima não goza de consenso na seara da Ciência Jurídica; ao contrário, o que não é novidade em relação a um instituto tão controvertido. Afirma FACHIN<sup>63</sup> que a maior parte da doutrina entende que a posse é um fato com conseqüências jurídicas, cujo posicionamento concordamos. Assim, se se trata de direito, direito pessoal, a rigor não é, pois não se cogita de relação jurídica entre sujeitos na posse e nem dos demais caracteres peculiares do direito pessoal. Por outro lado, não está também elencado no art. 674 do CC<sup>64</sup> e, enfatiza:

*“não tem do direito real os atributos de absolutismo, seqüela (entendendo-se que a reivindicação não equivale à reintegração), do direito de preferência, da publicidade formal e fere o princípio de numerus clausus. (...) No estrito sentido adotado pelo Código Civil, tomando a posse por visibilidade do direito de propriedade, a posse não é efetivamente um direito real, e até mesmo por questão de ordem lógica: se a posse conduz,*

<sup>61</sup> Os direitos reais podem incidir sobre **bens próprios**, (que é a propriedade ou domínio, direito real por excelência) ou sobre **coisas alheias** (incide sobre aquele que não é titular do direito real).

<sup>62</sup> Diz o art. 1.572 do CC.: “Posse e domínio do de cujus passam imediatamente aos herdeiros”.

<sup>63</sup> FACHIN, op. cit., p.45.

<sup>64</sup> Art 647: “Resolvido o domínio pelo implemento da condição ou pelo advento do termo, entende-se **também** resolvidos os direitos reais concedidos na sua pendência, e o proprietário, em cujo favor se opera a resolução, pode reivindicar a coisa do poder de quem a detenha” (grifo nosso).

*pela prescrição aquisitiva, a um direito real, não pode ser direito real, ao menos no sentido da codificação”.*

### 1.6 Efeitos da posse.

Quantos aos efeitos da posse, encontramos defensores de sua pluralidade ou não, neste caso, o único efeito exclusivo é a tutela interdital. Porém, pluralistas como W. de B. MONTEIRO e ORLANDO GOMES<sup>65</sup> apontam os seguintes efeitos: *direito aos interditos; percepção dos frutos* (CC, arts. 510-513); *retenção e indenização* das benfeitorias necessárias e úteis (arts. 516-519 e 63): *jus tollendi* quanto às benfeitorias voluptuárias (art. 516); *usucapião; ônus da prova cabe ao adversário; posição mais favorável* ao possuidor, em atenção à propriedade, cuja defesa se completa pela posse; *indenização dos prejuízos* sofridos com a turbação ou esbulho (art. 503).

Na opinião de FACHIN<sup>66</sup>, um dos efeitos fundamentais da posse é consumir a usucapião. Sem dúvida, é um dos efeitos da posse de maior impacto, posto que inverte a titularidade da propriedade, daí merecer, de nossa parte, uma breve consideração, no próximo capítulo, até porque, em muitas ações de usucapião é comum aparecer, como veremos, o argumento de atos de mera permissão ou tolerância na tentativa de descaracterizar a posse do oponente.

Assim, as teorias sobre os fundamentos da usucapião são divididas em duas grandes correntes: *as subjetivas*, calcadas no ânimo de renúncia ao direito por parte do proprietário que não o exerce; e *as objetivas*, que se fundamentam em considerações de utilidade social.

---

<sup>65</sup> PILATI, J. Op. cit., p.03.

Oportunamente, CAIO MÁRIO<sup>67</sup> afirma que ao fundamento ético da usucapião a tendência moderna imprime cunho nitidamente objetivo, considerando a *função social da propriedade*. Com efeito, a opção pelo objetivismo faz incorporar aspectos que podem influir sobremaneira em litígios cuja discussão envolva os atos de mera permissão ou tolerância nas alegações de uma das partes, cujos detalhamentos será visto no próximo capítulo.

### 1.7 Aquisição e perda da posse .

A aquisição da posse no Código Civil Brasileiro é prevista do art. 493 ao 498, que se apartou da grande síntese do Código Civil Alemão, o BGB, para o qual (art. 854): “*A posse de uma coisa é adquirida pela obtenção do poder de fato sobre a coisa*”<sup>68</sup>.

Nossa sistemática de numerar os meios aquisitivos, para RODRIGUES<sup>69</sup>, visa possibilitar a fixação do momento exato da aquisição da posse para os efeitos de usucapião. Com efeito, divide-se em dois os modos de aquisição da posse em dois: o *originário* e o *derivado*.

A **aquisição originária** da posse realiza-se independentemente de translatividade, sendo, em regra, unilateral e, portanto apresenta-se sem os vícios que a maculavam em mãos do antecessor, posto que é posse nova e dá-se pelos seguintes modos:

---

<sup>66</sup>Argumentação feita a partir de Proudhon em “*O que é a propriedade?*”, afirmando que toda a propriedade, a rigor, começou pela usucapião. Op. cit., p.23.

<sup>67</sup> PEREIRA, C. Op. cit., p.120.

<sup>68</sup> PILATI, J. Op. cit., p.04.

<sup>69</sup> RODRIGUES, S. Op. cit. p. 55-56.

- a) *Apreensão da coisa* (CC, art. 493, I); é a apropriação do bem pela qual o possuidor passa a dele dispor livremente, excluindo a ação de terceiros e exteriorizando o seu domínio. Recai sobre coisas sem possuidor atual por terem sido abandonadas (*res derelictae*) ou por não serem de ninguém (*res nullius*) ou sobre bens de outrem sem o consentimento deste, por meio dos vícios da violência, clandestinidade (desde que cessados a mais de ano e dia)<sup>70</sup> ou precariedade (aos que entendem que esta também convalesce). A apreensão revela-se em relação aos bens móveis pela ocupação (art.592) e, quanto aos imóveis pelo seu uso.
- b) *Exercício do direito* (CC, art. 493, I), que, objetivado na sua utilização econômica, consiste na manifestação externa do direito que pode ser objeto da relação possessória (servidão, uso), é poder usá-lo, gozando de suas vantagens.
- c) *Disposição da coisa ou do direito* (CC, art. 493, II). Se, por exemplo, uma pessoa dá em comodato<sup>71</sup> coisa de outrem, essa circunstância indica que ela encontra-se no exercício de um dos poderes inerentes ao domínio, o de disposição, deduzindo-se que adquiriu a posse do bem, uma vez que já a desfrutava.

Já a **aquisição derivada da posse** é bilateral, requer a existência de uma posse anterior, que é transmitida ao adquirente, em virtude de um título jurídico, com a anuência do transmitente e permite transmitir os vícios da posse deste ao atual possuidor (CC, arts. 492 e 495). Conforme o art. 493, III pode-se adquirir a posse por

---

<sup>70</sup> Corroborando Sílvio Rodrigues, DINIZ, op. cit., p. 55-56, também entende que cessada a violência ou clandestinidade da posse, após ano e dia, conta-se posse justa.

qualquer um dos modos aquisitivos de direitos, ou seja, por atos jurídicos gratuitos ou onerosos, *inter vivos* (compra e venda, doação em pagamento, permuta) ou *causa mortis* (testamento, legado, etc.) e desde que cumpridos os requisitos de validação dos atos jurídicos em geral (arts. 81 a 85), que são capacidade do agente, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei. São modos aquisitivos derivados da posse:

- a) A *tradição*, que é a entrega ou transferência da coisa sem necessidade de uma expressa declaração de vontade, bastando a intenção do *tradens* (o que opera a tradição) e do *accipiens* (o que recebe a coisa) de efetivar a transmissão. Três são as espécies de tradição: a efetiva ou material (entrega real do bem); a simbólica ou ficta (entrega dá-se por atos indicativos do propósito de transmitir a posse) e a consensual, com suas duas formas - a *traditio brevi manu* e a *traditio longa manu*.
- b) O *constituto possessório* (art. 494, IV), que, ao contrário da *traditio brevi manu*, o possuidor de um bem que possui em nome próprio passa a possuí-lo em nome alheio.
- c) A *acessão*, pela qual a posse pode ser continuada pela soma do tempo do atual possuidor com o de seus antecessores.

Nos arts. 520 a 522 do CC, a **perda da posse** tem sua previsão. O novo projeto do Código Civil Brasileiro (art. 1124)<sup>72</sup> dispõe: “*Perde-se a posse quando cessa, embora contra a vontade do possuidor, o poder sobre a coisa*”. Assim, de acordo com o nosso Código atual, perde-se a posse da coisa:

---

<sup>71</sup> O comodatário, assim como o locatário, tem a posse direta do bem, enquanto o proprietário, a posse indireta. Resolvida a relação jurídica, o proprietário volta a ter posse una ou plena.

<sup>72</sup> PILATI, J. Op. cit, p 04.

- a) Pelo *abandono* (art. 520, I), quando o possuidor intencionalmente afasta-se bem, privando-se da disponibilidade física e não exercendo qualquer ato possessório sobre a coisa.<sup>73</sup> Essa perda também é possível com o abandono pelo representante, se o possuidor ciente da infidelidade do preposto, abstém-se de reaver o bem ou é impedido ao tentar fazê-lo.
- b) Pela *tradição* (art. 520, II), onde o transmitente perde a posse ao ter a intenção de transferi-la ao adquirente que a adquire. Para os bens imóveis, equivalente a tradição é a transcrição do título no respectivo registro.
- c) Pela *perda da própria coisa* (art. 520, III), quando é absolutamente impossível encontrá-la. O possuidor vê-se privado da posse sem querer, mas a perda só se configura com a desistência da procura.
- d) Pela *destruição da coisa* (art. 520, III), decorrente de evento natural ou fortuito, de ato do próprio possuidor ou de terceiro, cuja inutilização econômica é definitiva.
- e) Pela sua *inalienabilidade* (art. 520, III), por ter sido colocada fora do comércio, por motivo de ordem pública, de moralidade, de higiene ou de segurança coletiva, impossibilitando o exercício de um dos poderes dominiais com exclusividade. Nem sempre isso ocorre, pois é freqüente a inalienabilidade com a cessão de uso ou posse alheia.<sup>74</sup>

---

<sup>73</sup>Observa DINIZ, M. Op. cit., p. 60, que “No que concerne à casa de campo ou da praia, o fato de seu dono se ausentar, temporariamente, não acarreta perda da posse, porque não há nenhuma resolução em abandonar a posse do imóvel, pois a desocupação do bem em certos períodos alternados representa um fenômeno natural de sua utilização. Ao contrário, caracterizado estará o abandono de um imóvel se seu possuidor se ausentar indefinidamente sem deixar representante, desinteressando-se da coisa pela sua não-utilização”, confirmando que a negligência do possuidor induz perda da posse.

<sup>74</sup> PEREIRA, op. cit. p. 57.

- f) Pela *posse de outrem*, ainda que contra a vontade do possuidor, se este não for mantido ou reintegrado em tempo hábil (art. 520, IV). A posse é exclusiva: firmada a nova, opera-se a extinção da anterior.
- g) Pelo *constituto possessório* (art. 520, V): é perda em relação ao transmitente, e ao contrário, como vimos, em relação ao adquirente.

Já a **perda da posse de direitos** dá-se pela *impossibilidade física ou jurídica de seu exercício* (CC, art. 520, parágrafo único, 1<sup>a</sup>. parte) que pode ser firmada pela inércia do possuidor, ou pela *prescrição* (CC, art. 520, parágrafo único, 2<sup>a</sup>. parte), levando, por exemplo, o desuso de uma servidão predial por dez anos consecutivos por fim à posse (art. 710, III).

Há também a *perda da posse para o ausente* (CC, art. 522) quando: tendo notícia da ocupação, se abstém o ausente de retomar o bem, abandonando seu direito ou, tentando recuperar a sua posse, for violentamente repellido por quem detém a coisa e se recusa a entregá-la.

No entender de Orlando Gomes<sup>75</sup>, a enumeração dos modos de aquisição e perda da posse é dispensável, porque esta existirá sempre que se verifique a exteriorização da propriedade e deixará de existir quando extinto o exercício dos poderes inerentes ao domínio.

Como vimos, a posse é um estado de fato, envolvendo pessoas e bens da vida. Porém nem todo estado de fato que também envolve essa relação é posse, não obstante toda a discussão que suscita. É no intuito de verificar a relação entre dois estados de fato, ou seja, a regra (posse) e a sua exceção (atos de mera permissão ou tolerância) que segue o próximo capítulo.



## 2 OS ATOS DE MERA PERMISSÃO OU TOLERÂNCIA

### 2.1 Os vícios.

A posse pode oferecer nuances que a qualificam, sujeitando-a a especificidades que são tratadas peculiarmente pela ordem jurídica. A classificação da posse, se viciada ou não, dependerá do comportamento do possuidor na sua relação com a coisa, diante dos seguintes elementos:

#### 2.1.1 Elemento subjetivo.

Diante do elemento subjetivo a posse pode ser de **boa** ou de **má-fé**. O nosso Código Civil (art. 490, *caput*) define que “*é de boa fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que lhe impede a aquisição da coisa, ou do direito, possuído*”, perdendo a posse este caráter “*...no caso e desde o momento em que as circunstâncias façam presumir que o possuidor não ignora que possui indevidamente*” (art. 491).

#### 2.1.2 Elemento objetivo.

Perante a objetividade do elemento a posse pode ser **justa** ou **injusta**: A injusta é viciosa, eivada de uma das três pechas (vícios objetivos) do art. 489, CC<sup>76</sup>: 1. violenta (*adquirida vi*): adquirida por ato de força, natural ou física, moral ou resultante de sério receio da vítima, contrapondo-se à posse mansa, pacífica, tranqüila; 2. clandestina: adquirida por via de ocultamento (*clam*) em relação àquele contra quem é praticado o apossamento, contrapondo-se-lhe a que é tomada e exercida pública e abertamente, sem encobrimentos; e 3. precária: é a do servidor, criado na posse, é daquele que recebe a

---

<sup>75</sup> GOMES, op. cit. p. 23

<sup>76</sup> Art. 489. “É justa a posse que não for violenta, clandestina ou precária”.

coisa com a obrigação de restituir, e arroga-se a qualidade de possuidor, abusando da confiança ou da bondade, ou deixando de devolvê-la ao proprietário, ou ao legítimo possuidor. Este vício inicia-se no momento em que o possuidor precarista recusa atender à revogação da autorização anteriormente concedida.

Ao contrário, a posse justa é aquela em que não pesa a marca de qualquer defeito típico previsto no art. 489 do CC, ou seja, cuja aquisição não repugna ao direito.

Esses vícios, determinam o caráter da posse<sup>77</sup>, que se estabelece no seu nascimento, mas que, a despeito destes, a posse injusta pode ser defendida pelos interditos, não contra aquele de quem se tirou, em princípio, mas contra terceiros que eventualmente desejem arrebatá-la para si.

Na doutrina pátria, é dominante o entendimento de que *violência* e *clandestinidade* são vícios relativos e temporários<sup>78</sup>, suscitando discussão a precariedade, só podendo ser alegados pela vítima do gravame. Em relação a qualquer pessoa, a posse produz seus efeitos normais. Como vícios temporários, podem ser purgados com a sua cessação, “*desde que não consista a mudança em ato do próprio possuidor vicioso*”, como entende CAIO MARIO<sup>79</sup>, para quem a posse injusta não se pode converter em justa, quer pela vontade ou ação do possuidor, quer pelo decurso de tempo, embora não havendo impedimento que uma posse injusta, inicialmente, torne-se justa mediante a interferência de uma causa diversa: quem tomou pela violência vem a comprar do esbulhado ou de terceiro, ou o possuidor clandestino herdar do desapossado. Reversamente, a posse *ab initio* escoreita, permanece, salvo se sobrevier mudança na atitude. O exemplo é o do locatário, possuidor direto, que se recusa a

---

<sup>77</sup> CC, art.492: “*Salvo prova em contrário, entende-se manter a posse o mesmo caráter com que foi adquirida*”.

<sup>78</sup> Diz o art. 497, 2ª. parte: “*...assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência, ou a clandestinidade*”.

restituir ao locador, convertendo-se em possuidor injusto. Todavia, “a alteração do caráter da posse não provém da mudança de intenção do possuidor, mas de inversão de título, quer parta de terceiro ou advenha da modificação essencial no direito”. Discordando dessa opinião, SÍLVIO RODRIGUES<sup>80</sup> afirma que para o convalidamento da posse violenta ou clandestina “basta que ela se estenda pacificamente, ou publicamente, durante o intervalo de ano e dia, para que fique purgada de seus efeitos”, pois a disposição do art. 492 do CC<sup>81</sup> é uma presunção *juris tantum*. Já BEVILÁQUA<sup>82</sup> acrescenta “que desde que a violência e a clandestinidade cessam, a posse começa a firmar-se utilmente, de modo que passados anos, não seja o possuidor despojado dela, simplesmente por esse vício originário”, cuja posse, poderá, no entender de MOREIRA SALLES<sup>83</sup>, levar ao usucapião, com o termo inicial do lapso prescricional aquisitivo contado a partir da cessação daqueles vícios.

## 2.2 A precariedade e os atos de mera permissão ou tolerância.

O vício da precariedade não surge só dos atos originais de permissão ou tolerância, mas também do abuso de confiança em geral, em que a característica do vício é a mudança do título (causa), em razão do qual se detém a coisa, daí que para o estudo de alguns aspectos de tais atos devemos considerá-los contextualizados, inseridos na precariedade.

---

<sup>79</sup> PEREIRA, C. Op. cit., p. 23

<sup>80</sup> RODRIGUES, S. Op. cit., p.57

<sup>81</sup> Art. 492: “Salvo prova em contrário, entende-se manter a posse o mesmo caráter com que foi adquirida”.

<sup>82</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. Apud SALLES, Usucapião de bens móveis e imóveis, p. 44.

<sup>83</sup> SALLES, M. *Idem, ibidem*.

### 2.2.1. Convalescimento.

Como vimos, é dominante na doutrina tradicional brasileira que ante a precariedade a posse não convalesce jamais, continuando sempre viciosa. Diz o texto legal (art. 497 do Cód. Civil) que “*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*”; ou seja, diante de tais vícios, considerando-se isoladamente o artigo e interpretando-o literalmente, a posse, no plano da abstração, nunca existiu. Diante dessa afirmação do código, constata-se uma incoerência: o art. 489 admite que há uma *posse* injusta, decorrente dos vícios e o art. 497 fala que *não induz posse* nem autoriza a sua aquisição a presença de tais vícios. É pois, uma aporia jurídica<sup>84</sup>. Talvez a questão se resolva se entendermos complementarmente o art. 497 do CC, de que não induz nem autoriza *posse justa*, a posse civil<sup>85</sup>. Se o código quisesse tratar apenas da posse justa, protegida, na sua totalidade pelo Direito, não trataria de nomear a violência, a clandestinidade e a precariedade de *vícios da posse*, designar-los-ia de excludentes de posse. Vencida esta etapa, afirmamos que os atos de mera permissão ou tolerância são espécie do gênero precariedade da posse, cuja relevância normativa, ao fazer o nosso código menção específica a tais atos, decerto teve o intuito de restringir a possibilidade de posse do detentor não proprietário, diante da fragilidade do limite entre os atos de mera permissão ou tolerância por parte do proprietário e o seu desleixo e abandono, no que

---

<sup>84</sup> MEIRA, Sílvio. *Temas de direito civil e agrário*, p. 42. Consoante este autor, são inevitáveis os erros no nosso Código Civil e ilustra que, segundo Pontes de Miranda, há por exemplo: há pleonasma e repetição, no art. 1.575, III; erro de técnica nos arts. 310 e 327; e ainda erro de datilografia.

<sup>85</sup> HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o Direito*, p. 16. Explica o autor que “*As palavras empregadas pelo legislador devem ser interpretadas em conexão com as demais que constituem o texto*”. Até porque, “*A interpretação exclusivamente filológica, ou a preferência pela exegese verbal, ou mesmo a idéia de que se deva partir, progressivamente, do processo gramatical para atingir depois a compreensão sistemática, lógica ou*

tange a exterioridade do exercício do domínio. A propósito, o comportamento de precaução do legislador frente à posse precária, tentando registrar as diversas possibilidades, tem lá suas razões históricas, pois como vimos, a posse inicialmente, tanto na antiga Roma quanto no Brasil Colonial tem início com atos de precariedade, ponderadas as diferenciações das condições históricas.

Como dissemos, a posse precária suscita discussão quanto ao seu convalidamento. Alguns<sup>86</sup> concordam com a seguinte afirmação de NEQUETE<sup>87</sup>: *“A posse precária seria incomputável, aos efeitos do usucapião extraordinário, se fosse elemento da prescrição aquisitiva a boa fé. Contudo, como ela é dispensada, nada impede a contagem, conforme estamos acentuando”*. Por sua vez, a dispensa do requisito do *justo título* para o usucapião extraordinário, se entendido o título *lato sensu*, ou seja, como a causa de possuir, também dá azo ao usucapião extraordinário, em sendo a posse precária.

E por que não convalida a posse precária, para aqueles que assim entendem? As explicações dos juristas são diversificadas. Para alguns, o legislador, “naturalmente”, ao silenciar sobre o convalidamento da posse precária no art. 497 do CC, reage de maneira mais violenta na hipótese da precariedade por implicar na quebra da confiança, na falta à fé do contrato. Acredita SILVIO RODRIGUES<sup>88</sup>. que a razão principal deve-se à não cessação da precariedade e argumenta:

*“O dever do comodatário, do depositário, do locatário, etc., de devolverem a coisa recebida, não se extingue jamais, de modo que o fato de a reterem, e de recalcitrarem em não entregá-la de volta, não ganha jamais foros de juridicidade, não gerando em tempo algum, posse jurídica”*.

---

*axiológica dos textos é que constituem posições doutrinárias ultrapassadas. Certamente, foi com vistas a esses desvios hermenêuticos que Recaséns Siches qualificou a interpretação literal como irracional e inútil”*.

<sup>86</sup> NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do, *apud* SALLES, op. cit., p. 45.

<sup>87</sup> NEQUETE, Lenine. *Da prescrição aquisitiva*, p. 127.

<sup>88</sup> RODRIGUES, S. Op. cit., p.57.

No entanto, será mesmo que em hipótese alguma a precariedade não cessa? Porventura não cessa a precariedade da posse daquele que, devendo restituir a coisa não a faz, detém-na como posse própria, e, por sua vez, o proprietário enquanto tal não toma atitude alguma no sentido de reaver a coisa, embora tenha ciência do seu direito de reavê-la e da negativa do detentor em devolver? Se passados os anos, o possuidor anterior ou o proprietário fica inerte diante de tal situação, sem oferecer qualquer oposição, estaria ainda presente a precariedade ou a posse se estabeleceria, ainda que injusta, desde o momento da recusa (tal como ocorre a violência e a clandestinidade)?

Portanto, o argumento de que *não cessa* a precariedade “*ad aeternum*” é frágil para explicar o seu não convalhecimento, pois perguntaríamos ainda: e por que não cessa a precariedade? A disposição do art. 497 não permite a inteligência de que a posse não cessa por imposição legal. Há sim, a omissão legislativa sobre o *convalhecimento* da posse precária, donde diversos doutrinadores permitem-se afirmar que a precariedade não *convalesce*.

É de ressaltar que o comodatário, o depositário e o locatário são titulares de posse direta e justa, enquanto os respectivos contratos estiverem surtindo seus efeitos e o prazo respectivo estiver em curso. Findo o prazo e não restituída a coisa - que deveria sê-lo em virtude de uma norma ou sentença - é que, no entender de MORAES SALLES<sup>89</sup>, a posse passará a ser precária e, como tal, injusta e incapaz de gerar usucapião, por exemplo.

---

<sup>89</sup> SALLES, M. Op., cit., p. 44.

### 2.2.2. Atos de mera permissão ou tolerância: seu “locus” e discussões.

A palavra **ato** é derivado do latim *actus*, de *agere* (levar conduzir), e “*tem o sentido de indicar, de modo geral, toda a ação resultante da manifestação da vontade ou promovida pela vontade da pessoa*”<sup>90</sup>. Em sendo um ato jurídico “*revela sempre a manifestação da vontade da pessoa ou de várias pessoas para a consecução de certo fim, ou objetivo, que vem produzir certo efeito de direito*”. O vocábulo acrescido das palavras permissão ou tolerância, elucida a sua especialização, ou seja explica o fim ou o efeito que se tem em mira. Aproveitando a lição de SILVA<sup>91</sup>, a definição ato de tolerância poderá ser estendida aos atos de mera permissão: “*É o que se pratica sobre a propriedade alheia, com o consentimento de seu senhor e possuidor, o qual, por esta mesma razão, não dá nem tira direito, isto é, não faz gerar a favor do agente qualquer situação jurídica em que possa fundar a posse*”.

Porém, o art. 497 não é claro: RODRIGUES<sup>92</sup> acredita que os atos de mera permissão ou tolerância abrangem a posse precária, ou seja, seria algo mais que a precariedade.

Já MORAES SALLES<sup>93</sup> entende que posse precária “*é a que decorre do abuso de confiança, por parte de quem, tendo recebido a coisa com a obrigação de restituí-la, se recusa, posteriormente, a fazê-lo*” (grifo nosso) e ao mesmo tempo afirma que “*a posse precária é que decorre daqueles atos de mera permissão ou tolerância*”. Conclui-se que, sem razão, para este eminente jurista a precariedade, o abuso de confiança e os atos de mera permissão ou tolerância são a mesma coisa.

<sup>90</sup> SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. p. 181 e 182.

<sup>91</sup> SILVA, D. P. *Idem*, p. 185.

<sup>92</sup> RODRIGUES, S. *Op. cit.*, p.42.

<sup>93</sup> SALLES, M. *Op. cit.*, 43.

RODRIGUES<sup>94</sup> cita como exemplos de precaristas o locatário, o comodatário, o usufrutuário, o depositário, etc., que retém indevidamente a coisa quando lhe é reclamada e define que tem posse precária aquele que, tendo recebido a coisa das mãos do proprietário, *por um título* que o obriga a restituí-la, recusa injustamente a fazer a devolução e passa a possuir a coisa em seu próprio nome.

Porém, nosso conhecido doutrinador abordou apenas os “detentores dependentes” do possuidor, cujo título demonstrador dessa dependência é um contrato. No entanto, os atos tolerados ou meramente permitidos constituem uma das formas, no sentido romano<sup>95</sup>, de concessão benévola e revogável, sem um título obrigacional. É deliberadamente um ato de nobreza, de solidariedade do possuidor para com o outro, que pode ser o vizinho, o amigo, o parente, o colega de trabalho, e não induzindo, portanto, posse.

Em outra ocasião já dissemos o quão controvertido é o instituto possessório, e ora dizemos que não menos são os atos de mera permissão ou tolerância. Vejamos, para ilustrar a afirmativa, o entendimento de SERPA LOPES<sup>96</sup>:

*“não é de se confundir a posse precária com aquela situação jurídica prevista no art. 497 do Código Civil ao prescrever que não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância (...) se trata (estes) de uma posse de simples faculdade, exercida, não em virtude de uma destinação natural da coisa que pertence a todos ou a muitos. (...) São atos exercidos não em virtude de um direito próprio, senão em virtude de minha qualidade de habitante.*

*Os atos de tolerância e familiaridade têm uma grande analogia com o precário, são da mesma fonte. Diferem todavia em que, exatamente falando, o precário não tem lugar senão por uma concessão expressa e contratual, ao passo que os atos de tolerância não comportam senão uma idéia de uma permissão tácita revogável”.*

<sup>94</sup> RODRIGUES, S. Op. cit., p.57.

<sup>95</sup> Assim se expressavam os romanos: “*Qui jure familiaritatis amici fundum ingreditur, non videtur possidere*”. V. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil - direito das coisas*. p. 137-138.

<sup>96</sup> LOPES, S. *Idem, ibidem*.



DARCY BESSONE<sup>97</sup>, eminente crítico das concepções romanistas da posse, prescindindo de maiores fundamentações, afirma que os atos de mera permissão e o de tolerância são atos de posse, o que guarda coerência com a sua teoria da fundamentação possessória, baseada na proibição provisória à violência da turbação ou do esbulho em homenagem à vedação da justiça privada. Nesse sentido, cremos que, para BESSONE, aqueles atos são exclusões do nosso sistema à posse. Porém, resistindo o detentor em restituir a coisa, compete ao Judiciário dizer o direito, pois não é admitido ao privado que faça justiça privada. Nesse sentido, é preciso que o legítimo possuidor faça prova da mera permissão ou da tolerância, conforme o caso, ou ao contrário, a detenção poderá transformar-se em ato constitutivo de posse.

### 2.3 Para um conceituação integradora

Buscar conceituar os atos de mera permissão ou tolerância não é tarefa fácil, haja visto as adversidades que encerra. Porém, interpretá-los isoladamente a partir e apenas preso ao texto do art. 497 do CC não é, certamente, recomendável.

Assim, partimos do entendimento de que os atos de mera permissão ou tolerância são provenientes da confiança oriunda de relações familiares, de amizade, de vizinhança ou coleguismo; constituem uma das formas de concessão, expressa ou tácita, benévola e revogável a qualquer tempo, sem um título obrigacional. É um ato provido de boa fé, de nobreza, de solidariedade do possuidor para com o outro que não induz posse jurídica, cuja relação de detenção dá-se diretamente sobre a coisa e de modo visível e independente do possuidor. Não obstante, o possuidor não renuncia à sua posse, e poderá recolher de acordo com a sua conveniência a vantagem que o detentor

---

<sup>97</sup> BESSONE, Darcy. *Da posse*, p.168.

colhe a título precário, que por sua vez, sabe de sua situação de precarista. Recusando este a restituição ou a cessação dos atos quando solicitado pelo possuidor, configurada estará o caráter injusto da “posse” do detentor. Nesse sentido, os atos de mera permissão ou tolerância constituem uma das possibilidades de manifestação do vício da precariedade, decorrente de um abuso de confiança por parte do detentor.

DINIZ<sup>98</sup> destaca que a precariedade decorrente da segunda parte do art. 497 trata de “detenção independente” do detentor para com o possuidor, bem como a do art. 522 : *“só se considera perdida a posse para o ausente, quando, tendo notícia da ocupação, ou tentando recuperá-la, é violentamente repellido”*. Essa independência é no sentido de não deter como se estivesse exercendo a posse do legítimo possuidor, dependendo de instruções desse.

A distinção entre os atos de mera permissão ou tolerância e os atos constitutivos da posse é questão de espécie, de caso concreto, de exame de circunstâncias, para se verificar, afinal, de que ato se trata, daí por que no próximo capítulo trabalharemos os julgados catarinenses, a título ilustrativo. Como destaca WASHINGTON DE BARROS<sup>99</sup>, *“Quem alega permissão ou tolerância deve comprová-la regularmente. Não o fazendo, prevalece o direito do possuidor na sua plenitude”*. Com isso não se afirma que tais atos de concessões são protegíveis pelos interditos possessórios, porém, se não restar provada a concessão, a detenção assume as características de uma posse que produz os seus normais efeitos, o que trataremos mais adiante.

---

<sup>98</sup> DINIZ, M. *Op. cit.*, p. 34.

<sup>99</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, p. 44.

### 2.2.1 Os atos de mera permissão.

O ato de mera permissão é aquela atitude comissiva, ato de boa vizinhança, de licença, autorização que o titular de um direito confere a terceiro para a prática de determinado ato. Os romanos chamavam de direito de familiaridade, trazendo um lastro de subordinação<sup>100</sup>, na medida em que o permissionário solicita a concessão, e depende da resposta de concessão do possuidor para agir. Muito esclarecedora é a concepção de DINIZ<sup>101</sup>:

*“Os atos de mera permissão são oriundos de uma anuência expressa ou concessão do dono, sendo revogáveis pelo concedente; podem ser exercidos por convenção das partes, como a permissão de abertura de janela para o prédio do concedente, fechável à sua requisição. Não se confundem nem com a outorga nem com a cessão de direito. Há, sem dúvida, uma licença, mas o termo “mera” adverte que o concedido não é um direito para o concessionário, não é parcela alguma dos direitos do senhor da coisa, senão uma autorização revogável por aquele que a concedeu”.*

### 2.2.2 Os atos de mera tolerância.

A tolerância, por sua vez, por ser uma atitude omissiva, é geradora de maior polêmica e mais difícil de precisar, em que pese a equivalência que é atribuída a ambas atitudes, permissão e tolerância. Tolerar é condescender, suportar com indulgência, consentir tacitamente numa atitude mais passiva do que a permissão, sem jamais abdicar ou privar-se de suas prerrogativas enquanto legítimo possuidor. Neste ato de tolerar está implícito, mesmo que levemente, uma constrição de ordem subjetiva por parte do tolerante, que só condesce por uma disposição especial do espírito, em respeito ao bom senso humano, zelando por situações de paz; porém, jamais abrindo mão de seu direito. Tolera-se uma situação preexistente; ou seja, tolera-se a permanência da

---

<sup>100</sup> TITO, Fulgêncio. *Da posse e das ações possessórias*, p. 95-106.

ocupação, do uso, da passagem, a fim de evitar conflitos com a vizinhança, com os parentes, os amigos. Porém a tolerância é módica: ultrapassa-lhe a modéstia a inércia do legítimo possuidor diante de uma atitude inusitada de terceiro que é não é lícita em relação à propriedade (ou legítima posse) alheia.

É importante ressaltar que a tolerância não se confunde com o desleixo do dormiente a quem o direito não mais socorre. O possuidor permanece no exercício da posse com senhoria, que é sobretudo com *animus domini*; ou seja, com a intenção de exercer em nome próprio o direito de propriedade, o que não se confunde com a convicção da legitimidade desse exercício (a boa fé). Por sua vez, essa senhoria encontra o seu conteúdo nos costumes de uma determinada época, localidade e comunidade, enfim, as circunscrições pertinentes ao campo dos costumes.

Mais uma vez, a festejada professora MARIA HELENA DINIZ<sup>102</sup> merece destaque por sua precisão:

*“Os atos de mera tolerância representam uma indulgência pela prática do ato que, na realidade não cede direito algum, mas tão-somente retira a ilicitude do ato de terceiro, sem o consenso prévio do possuidor, que, sem renunciar sua posse, mantém, ante aquela atividade, um comportamento omissivo e consciente. Por outras palavras, consistem nas relações de boa vizinhança ou familiaridade que, tacitamente, permitem que terceiros façam na propriedade alheia aquilo que não teriam direito de fazer, como passar pelo jardim de uma casa ou pelos atalhos de uma fazenda”.*

A falta de oposição do possuidor a ato de terceiro não é suficiente para configurar a mera tolerância. É preciso que o possuidor faça sentir a sua senhoria sobre a coisa de tal forma que, aquele que atua por tolerância perceba a precariedade com que está usando a coisa, como muitíssimo bem alerta GOMES<sup>103</sup>. Essa precariedade pode se

---

<sup>101</sup> DINIZ, M. *Op. cit.*, p. 34

<sup>102</sup> DINIZ, M. *Op. cit.*, p. 34.

<sup>103</sup> GOMES, O. *Direitos Reais*, p.59.

fazer sentir, por exemplo, por uma cerca, um portão ou qualquer circunstância indicativa do poderio do sujeito tolerante.

#### **2.4. Distinção dos atos de mera permissão ou tolerância e outras detenções.**

A fronteira entre os atos de mera permissão ou tolerância e outros institutos jurídicos, como o comodato e o servidor da posse é, por vezes, muito sutil. No entanto, é muitíssimo importante distingui-los, uma vez que quanto aos efeitos e meios probatórios as diferenças são grandes e diversas. Assim, elencamos as duas possibilidades mais comuns de confusão, com vistas inclusive a elucidar, no próximo capítulo, os equívocos cometidos pela jurisprudência.

##### **2.4.1 Com o comodato.**

Integrante dos direitos pessoais, o comodato é a cessão gratuita (empréstimo) de uma coisa mediante *contrato*, que assegura o direito de uso e a obrigação de restituição em sua individualidade, dentro de um certo prazo, que pode ou não ser determinado.

O que mais pode causar confusão é o comodato por prazo indeterminado e a permissão, uma vez que a restituição fica na dependência da vontade do cedente. Objetivamente, num há contrato, com a posse direta, sem ânimo de proprietário (*animus domini*) por parte do comodatário e posse indireta por parte do comodante; no outro, mero fato, sem conseqüências jurídicas. No comodato “*impossível é o exercício direto, porque depende do consentimento da outra parte (prévio), pois limita sua liberdade*”<sup>104</sup>.

---

<sup>104</sup> DINIZ, op. cit., p.12.

O comodato supõe acordo de vontades. Simples inércia ou tolerância do dono da coisa, por si só, não gera a relação contratual. Além do que, conforme admitiu ORLANDO GOMES<sup>105</sup>, o comodato não é rigorosamente um contrato unilateral, pois enseja obrigações ao comodatário e ao comodante. O primeiro está obrigado a: guardar e conservar a coisa emprestada como se sua fora; limitar o seu uso ao estipulado no contrato; usá-la de acordo com a sua natureza; restituí-la “*ad nutum*”, se não houver prazo estipulado. O segundo, por sua vez, deve: permitir ao comodatário o uso da coisa nas condições estipuladas e a de ressarcir o dano negativo quando oculta dolosamente o vício ou defeito da coisa emprestada, causando prejuízos ao comodatário. Já nos atos de mera permissão ou tolerância, não há qualquer direito, menos ainda bilateralidade.

O que ocorre no comodato é semelhante ao que ocorre no depósito e na locação, onde vencidos os prazos dos contratos respectivos ou em decorrência de exigência legal (arts. 1.268 e 1.287 do CC) ou, ainda, de determinação judicial, extingue-se o contrato, devendo o comodatário restituir a coisa.

Quanto aos efeitos, é interessante notar o ensinamento de ORLANDO GOMES<sup>106</sup> a respeito do comodatário que incorre em mora no cumprimento da obrigação de restituir: “*O comodato pode converter-se em locação. Não responde (o comodatário) apenas pelas oriundas do estrago na devolução. Deve pagar ainda aluguéis ao comodante, transformando-se em locatário. Na falta de ajuste, o aluguel fixa-se por arbitramento*”.

---

<sup>105</sup> GOMES, Orlando. *Contratos*, p. 310-315.

<sup>106</sup> GOMES, Orlando. *Idem*, p. 313.

É evidente, que nem sempre as partes dão a denominação de “comodato” ao negócio jurídico estabelecido entre eles, o que não impede ao juiz de dar a devida capitulação legal, uma vez descritos os fatos claramente pelos litigantes.

#### 2.4.2 Com os servidores da posse.

Embora se conceda a posse aqueles que, por força de *obrigação* ou *direito*, detêm temporariamente a coisa, alguns há que se encontram nessa situação e, sem embargo disso, não são considerados *possuidores*. Tais os que estão em situação de *dependência* para com outrem: são os *servos na posse* ou *fâmulos da posse*, cuja detenção resulta de uma concessão do *dominus*, por este mesmo revogável por seu ato. O art. 487 do CC é, aliás, bastante claro, ao estatuir: “*Não é possuidor aquele que, achando-se em relação de dependência para com o outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instrução suas*”.

Já os atos de mera permissão ou tolerância representam uma condescendência ou indulgência, pelos quais nenhum direito é na realidade cedido.

Entende-se que os que detêm a coisa conservam a posse *em nome* dos que a entregaram, são portanto, *detentores*. Essa “*é a razão por que lhes não assiste o direito de invocar a proteção possessória. Contudo, a existência do vínculo jurídico em razão do qual a coisa fica sob o poder temporário e eventual das pessoas dependentes, assegura-lhes certas prerrogativas que são próprias dos possuidores*”<sup>107</sup>, como é o caso do *desforço incontinenti*, em havendo turbação da posse.

O direito alemão qualifica-os, expressamente, como servidores da posse, pertencendo a uma categoria especial. A distinção entre o servidor da posse e os outros

não possuidores reside no fato de que a ele é lícito exercer, além dos limites do direito geral de legítima defesa, os direitos de *autoproteção* do possuidor contra ataques estranhos.<sup>108</sup>

Os *servidores da posse* são todos aqueles que estão unidos ao possuidor por um *vínculo de subordinação*, oriundo de relação de direito privado ou público, pouco importando que exerçam o poder sobre a coisa por si sós ou ao lado do dono, por obrigação ou por cortesia, ostensivamente, ou não, em nome do proprietário ou, mesmo se a coisa lhes pertence, no caso de menores e incapazes.

Dentre outras pessoas, são *servidores da posse*: os empregados em geral, inclusive os caseiros e os administradores de fazenda; os diretores de empresa; os bibliotecários; os viajantes em relação aos mostuários; os menores mesmo quando usam coisas próprias, o soldado, o detento. Não têm essa qualidade os que estão para as coisas numa simples *relação especial*, como aquele que recebeu alguma coisa para entregá-la, o que já está muito mais ligado aos atos de mera permissão ou tolerância.

## 2.5 Efeitos específicos.

Só a posse é capaz de gerar efeitos, o que, em tese, não deveria ocorrer aos atos de mera permissão ou tolerância, pois eles não induzem posse, na expressão do art. 497 do nosso Código Civil. Não obstante, em se tratando de conflito, tudo fica relegado ao campo probatório. Enquanto não é possível a decisão final, certamente esses atos geram uma posse precária, que por sua vez, pode gerar efeitos, por diversos motivos. O argumento objetivista de proteção a posse injusta, por exemplo, justifica-se pela

---

<sup>107</sup> GOMES, O. *Direitos reais*, p.32

<sup>108</sup> GOMES, O. *Idem*, p. 34.



proteção a terceiros, que, supondo ser o possuidor proprietário, com ele mantiveram relações jurídicas com base na aparência de propriedade. Por outro lado, retomando as observações propedêuticas do primeiro capítulo, as dificuldades na classificação de um determinado estado de fato são inegáveis, ficando a mercê das provas e sujeito às conseqüências do desenvolvimento de um processo judicial, em geral demorado e capaz de conceder temporariamente a posse, diante da superficialidade de cognição, ao detentor, através de liminares nas ações de manutenção e reintegração de posse.

### 2.5.1 Usucapião.

Em sendo dominante na doutrina que a posse precária não convalida, evidentemente que ela não se presta ao usucapião, conseqüentemente, menos se pode cogitar de prescrição aquisitiva se a posse teve como causa atos de mera permissão ou tolerância, pois numa gradação dentro da posse precária, tais atos constituem “a mais precária” das posses.

Porém, a primeira objeção a tese dominante é de ordem lógica. Se os atos de mera permissão ou tolerância precisam ser provados por quem alega e este não faz, é possível que tais atos transformem-se em atos constitutivos de posse, inclusive *ad usucapionem*, evidentemente, desde que preenchidos todos os requisitos para o usucapião

A segunda objeção, embora minoritária, vem de doutrinadores como NEQUETE. No usucapião extraordinário e no ordinário, a boa fé se presume, porém o primeiro não admite prova em contrário, ao contrário da último, incumbindo a prova a quem a alega, e cuja presunção emerge do justo título. Assim, o usucapião

extraordinário por dispensar a boa fé, conforme entende NEQUETE<sup>109</sup>, é possível o convalidamento da posse precária. Constituindo a relação fática, embora oriunda de atos de mera permissão ou tolerância, uma posse precária, é possível admitirmos uma posse *ad usucapionem*, desde que essa “*posse*” seja exercida com senhoria, com ânimo de proprietário e preencha os requisitos que o conceito de posse exige. Salientamos que, diante da redefinição do instituto possessório contemporaneamente, a existência da função social implícita nesta relação de poder do sujeito com a coisa no decorrer do tempo é essencial à classificação da situação fática como posse.

Importante é considerar que aquele que detém em decorrência de um ato inicial de mera permissão ou tolerância só pode oferecer algum tipo de ameaça ao legítimo possuidor se aquele se recusa a restituir a coisa ou cessar o ato anteriormente consentido, cuja relação com a coisa, agora, é de senhoria, detendo-a como se fosse posse própria e repelindo a posse de terceiros. Esse é o ponto a partir do qual se pode pensar em algum tipo de efeito decorrente de um ato de mera permissão ou tolerância. Saber até que ponto esse estado de fato significará ato constitutivo de posse ou não, é o papel que cumpre a pesquisa empírica que realizamos dos julgados de 1980 a 1996 do TJSC, na procura de critérios probatórios e conceituais (se existirem) capazes de revelar o limite na qualificação do estado de fato.

---

<sup>109</sup> NEQUETE, Lenine. *Apud* FACHIN, *op. cit.*, p 66.

### 3 JULGADOS CATARINENSES DE 80 A 96 E OS ATOS DE MERA PERMISSÃO OU TOLERÂNCIA

#### 3.1 O significado dos julgados.

Até aqui vimos tratando das controvérsias que o tema da posse e, especificamente, dos atos de mera permissão ou tolerância apresentam. Contudo, o comportamento da jurisprudência é que se constitui no parâmetro mais abalizado e privilegiado para ilustrar o que se passa no mundo jurídico, na difícil incumbência de aplicar o Direito ao caso concreto. É nessa perspectiva que pesquisamos os julgados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, a partir do ano de 1980 até recentemente, 1996. O motivo pelo qual se deu o recorte desse período deve-se ao interesse em se verificar a influência da promulgação da Constituição Federal em 1988, cuja contribuição ao instituto em estudo já mencionamos no primeiro capítulo.

Evidentemente que os julgados pesquisados podem ensejar uma multiplicidade de formas de análise e não constitui nosso objetivo esgotá-las, mas tecer algumas observações, o que fazemos de dois modos distintos:

Primeiramente, a principal preocupação é avaliar como o TJSC tem visto a alegação de “atos de mera permissão ou tolerância”, analisando caso a caso, com o auxílio de uma tabela (Tabela Única) com informações básicas sobre os acórdãos. Posteriormente, fizemos uma análise genérica e sucinta, utilizando alguns indicadores, explícitos ou não, do ponto anterior.

Salientamos que, os julgados foram colhidos diretamente dos arquivos do TJSC, posto que a maioria deles não foi publicada na Revista Jurisprudência Catarinense, que é o periódico daquela Corte.

### 3.2 Tabela única.

A seleção dos acórdãos foi realizada a partir das seguintes palavras-chaves: **permissão** ou **tolerância**, onde pudemos encontrar o número de 32 (trinta e dois) julgados.

A tabela a seguir tem o intuito de promover, sobretudo, a comparação com uma melhor visualização entre os julgados, contendo informações básicas sobre cada acórdão, dispostos por ordem cronológica de julgamento. Por argumento determinante entendemos o aspecto essencial na motivação de uma determinada sentença, responsável pelo tipo de decisão.

<b>Data da decisão</b>	<b>Processo</b>	<b>Ação</b>	<b>Comarca</b>	<b>Decisão de 1°. e 2°. grau</b>	<b>Argumento determinante (na expressão do TJSC)</b>
14/12/83	rescisória n. 362	usucapião extraordin.	Campos Novos	desfavoráv./ reformada	não comprovada mera permissão ou tolerância
28/08/84	apelação n. 21.142	manutenção posse/serv.	Campo Erê	desfavoráv./ confirmada	mera tolerância
10/06/86	apelação n.24.394	manutenção de posse	Imaruí	desfavoráv./ confirmada	mera permissão ou tolerância
09/09/86	apelação n.25.085	reintegr. de posse	Capital	desfavoráv./ confirmada	mera permissão ou tolerância
21/11/86	apelação n.24.016	reintegr. de posse/serv.	Rio do Sul	desfavoráv./ confirmada	mera tolerância
02/12/86	apelação n.25.748	reintegr. de posse/serv.	Lages	desfavoráv./ confirmada	mera tolerância
29/03/88	apelação n.25.554	usucapião extraordin	Guaramirim	desfavoráv./ confirmada	mera permissão ou tolerância
30/03/88	agrav. ins. n. 4.334	reintegr. de posse	Ibirama	favorável/ confirmada	mera tolerância
21/03/89	apelação n. 30.420	reintegr. de posse	Timbó	desfavoráv./ confirmada	mera permissão ou tolerância
13/06/89	apelação n. 30.410	usucapião extraordin	Braço do Norte	desfavoráv./ confirmada	mera tolerância
01/03/90	apelação n.25.150	reivindicatória	Orleans	desfavoráv./ reformada	mera tolerância
29/05/90	apelação n.32.893	manutenção	Imbituba	desfavoráv./ confirmada	mera tolerância

<b>Data da decisão</b>	<b>Processo</b>	<b>Ação</b>	<b>Comarca</b>	<b>Decisão de 1°. e 2°. grau</b>	<b>Argumento determinante (na expressão do TJSC)</b>
11/12/90	apelação n.34.857	usucapião extraordin	Urussanga	favorável/reformada	mera permissão ou tolerância
02/04/91	apelação n.32.973	reintegr. de posse	Balneário Camboriú	favorável/confirmada	mera permissão ou tolerância
28/05/91	apelação n.35.667	usucapião extraordin	Tangará	favorável/confirmada	não comprovados tolerância e simultaneidade de posse
27/06/91	apelação n.36.590	reivindicatória	Ibirama	favorável/confirmada	tolerância ou posse subordinada
23/06/92	apelação n. 34.993	reintegr. de posse/serv.	Sto. Amaro da Imperatriz	favorável/reformada	mera tolerância
06/08/92	apelação n.32.914	reintegr. de posse/serv.	Imbituba	favorável/reformada	mera tolerância
25/08/92	apelação n.38.724	reivindicatória	Seara	favorável/reformada	usucapião especial urbano na defesa.
19/11/92	apelação n.36.429	reintegr. de posse	Tubarão	desfavoráv./confirmada	carência de ação
30/03/93	apelação n. 38.636	reint. de posse/serv.	Ponte Serrada	desfavoráv./confirmada	mera permissão
11/05/93	agrav. inst n. 7.592	reintegr. de posse	Blumenau	desfavoráv./reformada	permissão
19/11/93	apelação n.39.948	reintegr. de posse	Criciúma	favorável/confirmada	comodato - rescisão contratual
19/04/94	apelação n.35.902	usucapião especial	Porto União	favorável/reformada	tolerância
26/04/94	apelação n.43.885	usucapião extraordin.	Capinzal	desfavoráv./confirmada	permissão ou tolerância
26/04/94	apelação n.41.343	usucapião extraordin	Araranguá	desfavoráv./confirmada	mera tolerância (carência de ação)
24/05/94	apelação n.40.656	reintegr. de posse	Urussanga	favorável/confirmada	mera permissão ou tolerância
22/11/94	apelação n.41.283	reintegr. de posse	Tijucas	favorável/confirmada	não comprovada mera permissão
22/11/94	apelação n.46.775	reivindicatória	Biguaçu	favorável/confirmada	permissão e tolerância
21/03/95	apelação n.38.656	usucapião extraordin	Criciúma	desfavoráv./confirmada	mera permissão e tolerância
02/05/95	apelação n.47.823	reivindicatória	Capital	favorável/reformada	afastamento de atos permissão ou tolerância
08/05/96	apelação n.36.758	reivindicatória	Orleans	favorável/confirmada	mera permissão e tolerância

### 3.3 Análise dos acórdãos catarinenses sob o prisma do argumento determinante.

Diante da impossibilidade de anexarmos todos os acórdãos a este, pois teríamos um grande volume e, certamente, pouco aproveitamento (diante da diluição das informações) do que pretendemos demonstrar, bem como no intuito de sintetizar ao máximo e tecer uma consideração pontual sobre cada um, fazemos a exposição abaixo, obedecendo a mesma ordem da tabela única, analisando a decisão proferida e a sua relação com o argumento determinante.

1. **Rescisória n. 362. JC/84 - 43/341.** Esta decisão contempla a posse do não proprietário, reconhecida através da rescisão do acórdão que indeferiu, em grau de apelação, o usucapião extraordinário, sob a alegação de que os autores exerciam *atos de mera permissão*. Porém, entenderam as Câmaras Reunidas que não restaram provados os atos de mera permissão, e por outro lado, os requisitos do usucapião extraordinário foram preenchidos, rescindindo o acórdão de apelação. Denota-se neste julgado uma preocupação maior, do que na maioria dos demais, em fundamentá-lo com mais precisão, revelando os princípios e as teorias formadora da decisão, que a título ilustrativo, vejamos as seguintes afirmativas: “*a retórica do art. 550 do CC não autoriza a exigência de justo título e a perquirição se de boa fé, pacífica, ostensiva, visível, pública, contínua e delimitada, sobre a procedência da causa de posse, por que exercida animus domini*”. E, mais adiante, acatando inclusive o parecer da Procuradoria Geral da República, revela uma postura das mais avançadas, senão a mais em termos de efeitos dos atos de mera permissão ou tolerância no plano conceitual, cujo argumento, a seguir, tem transcrição merecida: “*Mesmo admitida a mera*

*permissão por parte do de cujus, circunstância por demais forcejada, presentes a qualidade do autor (filho de criação), a moradia, o pagamento de tributos, a inscrição no INCRA, a apreensão física da coisa, aliados ao transcurso de um lapso de tempo superior a 40 anos, **afasta qualquer vício** que contamine a posse e seja assim transmitida ao herdeiro” (grifo nosso). Esse posicionamento vai ao encontro do entendimento de LENINE NEQUETE, explicitado anteriormente, para quem, em se tratando de usucapião extraordinário, os vícios da posse convalidam-se. É de salientar também a manifestação no sentido de que após a morte do proprietário, extingue-se a relação jurídica que deu causa ao transcurso de um lapso prescritivo contra o proprietário, para “reiniciar-se outra circunstância passível de gerar, em favor do autor, o usucapião, porque independentemente, agora, na qualidade do ato que deu origem à apreensão física ou intelectual da coisa com a intenção de possuí-la como sua”. Conforme o exposto acima e a transcrição abaixo, percebe-se a ênfase que o julgador dá às circunstâncias, o detalhamento do mundo fático, a fim de encontrar as comprovações ao *animus domini*: “(...)transcorridos 40 anos de posse, sem oposição, 20 dos quais após a morte do proprietário anterior, em cujo transcurso de sua fluência jamais houve qualquer espécie de ação contra o possuidor visando a restituição do bem, o autor tem o direito, em nome da concretização das relações jurídicas, ao usucapião”. Enfim, depois de um erudito acórdão, preocupado inclusive em explicitar conceitos fundamentais, o que não é muito comum nos acórdãos, percebemos que há uma certa rejeição em aceitar como ato de mera permissão ou tolerância uma circunstância fática notadamente repleta de requisitos típicos de uma posse *ad usucapionem*, representando aos autores toda uma vida de dedicação exclusiva, de zelo para com o imóvel, não podendo pois, o simples argumento de ato de mera permissão*

ou tolerância desproteger a situação fática em estudo. Nesse sentido, o acórdão exemplifica as hipóteses em que melhor se aplicam as situações de atos de mera permissão ou tolerância, como a abertura de janelas, as servidões em geral.

**2.Apelação n. 21.142. JC/84 - 46/198.** Coincidentemente, este acórdão complementa o comentário final do anterior: tratando-se de uma discussão de posse de servidão de água, conduzida por mangueira. Os magistrados não hesitaram, por unanimidade, em classificar a utilização como posse precária por parte dos usuários (não proprietários) em decorrência de atos de mera permissão. Sem muitas controvérsias entre as partes na classificação do fato, diante da especificidade que a posse de servidões apresenta e, em não preenchendo os devidos requisitos, segundo o julgado, a alegação de mero ato de permissão ou tolerância logo se apresentou como argumento hábil para a sua descaracterização, bastando a demonstração, no caso, da propriedade e posse dos réus. O próprio acórdão elenca a especificidade de que as servidões não se presumem: na dúvida, reputa-se não existir, decorrendo que “*deve ser comprovada de modo explícito, cabendo o ônus da prova a quem lhe afirme a existência*”. Salienta-se que este julgado por vezes empregou o termo *tolerância* (que reputou ser o argumento determinante) equivalente ao de *mera permissão*, quando da narrativa dos fatos podemos verificar que houve uma permissão verbalizada, porém, a indistinção não trouxe prejuízos ao julgamento do feito, até porque, o ato de benevolência é praticamente presumido em se tratando de servidão, uma vez não demonstrado essa.

**3.Apelação n. 24.394.** A despeito de uma ocupação por um tempo superior a 25 anos, sem oposição e com *animus domini*, pois estas circunstâncias não foram negadas no acórdão, entendeu a jurisprudência tratar-se de posse precária, provada basicamente



por testemunhas e uma declaração presente nos autos feita pelo próprio proprietário comprometendo-se, a pedido do vendedor e pai do autor, a conceder a terra ao filho daquele para nela trabalhar até que o declarante dela precisasse. É de salientar que tal concessão o pai já havia feito, o que o julgado ora classifica como decorrente de mera permissão, ora de fâmulo da posse. A partir do relato no julgado, mais acertado é falar-se em *mera permissão*, seja por parte do pai, cuja motivação deve-se à relação de parentesco e o estado de dificuldade econômica do filho; seja por parte do comprador, a pedido do vendedor.

**4. Apelação n. 25.085.** Embora da narração dos fatos constantes no acórdão não fique claro se houve mera permissão ou apenas a tolerância, o fato é que o acórdão procurou precisar que se tratava de uma posse precária, decorrente de uma atitude benevolente para com quatro pescadores, possibilitando-lhes a utilização de um rancho, cujos terrenos de marinha estavam titulados pela Fazenda Nacional em nome das rés, sendo que um dos autores (que passou aos demais a posse) teve a sua concessão cancelada, bem como posteriormente desistiu da sua pretensão em juízo.

**5. Apelação n. 24.016. JC/87 - 55/97.** Neste julgado, não demonstrada a servidão de passagem, além da existência de documento (termo de permissão) revelando a concessão a título precário para carga e descarga de mercadorias, a obstrução da passagem pelo réu não configurou esbulho, pois tratava-se de ato de *mera permissão* (e não tolerância como dispõe a ementa do acórdão).

**6. Apelação n. 25.748.** A utilização de via particular por ato de mera tolerância não constitui posse, nem configura esbulho a sua obstrução pelo proprietário. Não fazendo os autores prova da servidão. Disse o acórdão que o argumento de maior comodidade e economia não justifica a reintegratória, posto que o terreno do autor não é encravado.

**7. Apelação n. 25.554.** A proprietária, ré na ação de usucapião, fundamenta-se na alegação de mero ato de tolerância para a permanência e cultivo de uma parte do terreno pela autora e esposo falecido, antigos proprietários de toda a gleba, durante muitos anos. No entanto, não se esmera o acórdão em demonstrar a *tolerância*, ao contrário, em que pese ser este o argumento, todo o esforço é no sentido de demonstrar a negativa da alegação da autora de que possuía a sobra do terreno vendido à ré, posto que a venda do terreno fora feita “*ad corpus*”. É de salientar que tal “tolerância” a permanência dos autores no imóvel ocorreu enquanto houve três proprietários distintos, durante um período superior a trinta anos.

**8. Agravo de instrumento n. 4.334.** Não obstante os proprietários sem titulação regular do imóvel, sem o exercício de poderes fáticos direto e a não necessária individuação do imóvel, têm a sua posse reconhecida pelo acórdão, sob a alegação de que os “possuidores diretos” detém-no a título precário, ora afirmando que é em decorrência de ato de tolerância, ora em virtude de um contrato de *comodato*. Essa confusão, além de revelar uma preocupação despicienda com os conceitos e fundamentos pertinentes aos institutos alegados e suas exceções, permite a leitura de que se está a busca de argumentos que fundamente a sentença e não o contrário, em que os fundamentos leve-os até a sentença.

**9. Apelação n. 30.420. JC/89 - 63/III.** A posse foi reconhecida ao proprietário, posto que a utilização do imóvel pela autora deveu-se, segundo o julgado, a ato de *permissão ou tolerância* (o acórdão não precisa se a concessão foi expressa ou tácita), não constituindo esbulho as atitudes daquele ao afastar a autora do imóvel. Ao contrário, o entendimento foi de que o réu, com tal atitude, cassou a concessão, que pode ser feita a qualquer tempo. É interessante notar que do acórdão não há um relato

preocupado em demonstrar a atitude do proprietário que impediu a atitude de apossamento do detentor.

**10. Apelação n. 30.410.** Verificou-se uma confusão, ou melhor, uma plena equiparação entre atos de tolerância e os de mera permissão, conforme se extrai da seguinte afirmação presente no corpo do acórdão: “*Por ato de tolerância, em matéria de posse, se compreende todo aquele que se pratica, a título de boa vizinhança, com o consentimento tácito ou aquiescência do dono ou possuidor da coisa*”. Na verdade, pelo que consta no acórdão, é pois, ato de mera permissão por parte do antigo proprietário.

**11. Apelação n. 25.150.** A primeira confusão conceitual é por parte da autora, que fala inicialmente que a posse dos réus era decorrente de uma *ocupação autorizada* por seus antecessores e posteriormente por ela “*tolerada em comodato*”, ao que foi contestado pelo réu, que alegou prescrição aquisitiva, via usucapião extraordinário. No acórdão, a exclusão de comodato é feita logo, que considerou não restar demonstrado. No entanto, confirmam a tolerância. Mais uma vez, a prova de demonstração da *mera tolerância* pelo acórdão (pelo menos) é praticamente inexistente. Porém, o ensinamento mais brilhante de tal julgado fica por conta da declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Norberto Ungaretti, que inicialmente, tratou de apontar o eixo central: “*a que título se deu a ocupação da área*”. Alega a autora que primeiro houve um arrendamento (mediante o pagamento de terça agrícola) e desistindo da cobrança, ocorreu um comodato. Toda a prova é no entanto, testemunhal, sendo que a confirmação do primeiro contrato dá-se por testemunhas bastantes frágeis (empregados da autora), cuja prova, no entender do Exmo. Des. mencionado não poderia ser exclusivamente testemunhal. Especificamente sobre o comodato, invoca, na sua declaração de voto

(vencido) Washington de Barros Monteiro, segundo o qual o comodato “*supõe acordo de vontades; simples inércia ou tolerância do dono da coisa, por si só, não gera a relação contratual*”. Afirma, por sua vez, que em sendo indubioso o *animus domini* com que o réu possuía o imóvel, nele vivendo e se conduzindo como dono, sem oposição de ninguém e sem nada a pagar pela ocupação, situação que se somou à posse (similar) a de seu pai e antecessor, perfazendo mais de trinta anos, “*fica inválida a tese da apelante*”. Diante dos esclarecimentos presentes neste voto vencido, fica demonstrado nesse julgado o quão frágil é o argumento da “*mera tolerância*”. No caso acima, as alegações de comodato, confundida por vezes com tolerância não ficaram demonstradas, ao contrário dos requisitos necessários ao usucapião extraordinário, não obstante, foi através desse frágil viés que a posse foi descaracterizada.

**12. Apelação n. 32.893.** Mais uma vez, o acórdão contempla a permissão como mera tolerância, revelando, repetidamente, a imprecisão conceitual. Porém, a permissão é explícita, posto que há inclusive um documento assinado (inconteste) pelo autor reconhecendo a propriedade da apelada e comprometendo-se a não transacionar com referência a casa sem prévia autorização daquela. Não obstante, os autores ocupavam há mais de 50 anos o imóvel, por si e seus antecessores, mas o julgado entendeu que com a assinatura do referido documento, a posse passou a ser precária. A discussão girou muito mais em torno da propriedade do que da posse, senão vejamos a quantidade de afirmações em apenas cinco páginas: “*(...)assinou o documento que ora se leva aos autos, reconhecendo ser da referida empresa o terreno da Av Getúlio Vargas, (...)*”, e mais adiante repete “*(...)firmou ‘Declaração’...onde reconhece a propriedade do imóvel em litígio a favor da Imobiliária Santa Catarina S/A, antecessora da ré*” e diante de que “*ficou demonstrado ... via documentos...que o imóvel onde os autores*

*buscam a proteção possessória é de propriedade da ré apelada” e conclui “diante destes documentos ... ficou irrestritamente demonstrada de que a posse exercida pelos autores, era tida por mera tolerância da ré apelada. (...) Muito embora esteja os autores de posse do bem, o qual pretendem a manutenção, esta era exercida por mera tolerância da ré apelada, que dispõe da titularidade do direito (propriedade)”.*

**13. Apelação n. 34.857.** Este julgado analisa um caso controvertido, o exemplo típico do possuidor não proprietário e do proprietário não possuidor, onde a favor do primeiro pronunciaram-se, além do juiz de 1º grau, os membros do Ministério Público do 1º e 2º graus. De um lado, o proprietário sem disponibilidade física sobre a coisa, de outro o possuidor, em que pese a posse mansa, pacífica, e assumir características de precariedade diante do reconhecimento da *propriedade* do réu (em correspondência ao antigo proprietário, o autor manifestou o intento em comprar o imóvel que ocupava). Entendeu a jurisprudência que tal reconhecimento afasta o *animus domini*, e por conseguinte a ocupação deve-se a ato de mera permissão ou tolerância (pois o julgado não distingue ambos) por parte do antigo proprietário, argumentando que da data da última carta com o propósito de compra do imóvel pelo autor (09/1969) até a data da propositura da usucapião (12/1975) não decorreram 20 anos de posse com *animus domini*, a fim de cumprir o requisito legal. Nota-se que o presente julgado praticamente não se preocupa em analisar a posse do proprietário antigo, tampouco a de seu sucessor (por carta de adjudicação), mas tão somente em demonstrar a não comprovação da posse *ad usucapionem*, evidenciando o posicionamento jurisprudencial pela sucumbência da posse frente à propriedade. Conclui-se que a postura ética do autor, de manifestamente buscar comprar o imóvel do proprietário trouxe-lhe mais prejuízos do

que se tivesse possuído injustamente, apoderando-se da ausência e do desleixo do proprietário, levando-nos a questionar os valores que o Direito estaria tutelando.

**14. Apelação n.32.973.** Esse julgado apresenta dois ensinamentos importantes: a utilização correta de *ato de tolerância* que não induz posse e a explicitação do conceito de posse. Sobre este, o acórdão admite a teoria objetivista expressamente, em oposição à concepção savigniana: “*Posse é a visibilidade do domínio, a exteriorização da propriedade, a possibilidade de dispor, aliada à utilidade econômica da coisa, independente da ocupação material ou do contato físico*”. Diante do fato de que a permissão concedida pelo autor à ré (Panificadora) para que essa transitasse em uma parte de seu imóvel com sua mercadoria dando acesso à uma Avenida pela lateral de seu estabelecimento não induzia a posse, constituindo esbulho a construção de um muro na área.

**15. Apelação n. 35.667.** Entenderam os magistrados que preenchidos os requisitos para o usucapião e não restando provada as alegações do réu, dentre eles a tolerância e a simultaneidade de posses (da autora e do réu), o usucapião é declarado, embora não explicitem como tais alegações foram espancadas.

**16. Apelação n. 36.590.** Primeiramente, o acórdão não inclui à precariedade os atos de tolerância, a despeito de distingui-los. Por conseguinte, equipara a *tolerância* à posse subordinada ao antigo proprietário. Ora, a posse dependente para com outro, conservada em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas é a configuração do *fâmulo* ou *servidor da posse*, prevista no art. 487 do CC, o que é distinto dos atos de mera permissão, e mais ainda dos atos de tolerância. Para incluir as exceções à posse do art. 487 e 497 do CC como posse injusta, não obstante a exclusão da precariedade, o acórdão acaba por definir a posse injusta não só aquela eivada de vícios (da

clandestinidade, violência ou precariedade), mas também deve ser o art. 524 do CC “interpretado à luz de outro critério, qual seja, o da repugnância ao direito: sempre que a posse se colocar em antagonismo com o domínio, é ela injusta e a este deve ceder”.

**17. Apelação n. 34.993.** Sinteticamente, o julgado fundamenta que em não provando o autor a quase posse da servidão, posto que nenhum ato de relevância econômica demonstrativo de sua posse ocorreu (limpeza do caminho, colocação de barro, porteira, etc.) denota que o proprietário simplesmente tolerou os atos de utilização, como bom vizinho e pessoa generosa, “como freqüentemente sucede entre os proprietários que não têm espírito demandista e feitio conflituoso e egoísta”. Não basta a aparência de servidão, posto que não se presume. “É necessário demonstrar que os atos invocados como demonstrativos de posse não se confundem com atos de mera tolerância, ainda que o atravessadouro ou caminho seja utilizado por muito tempo”.

**18. Apelação n. 32.914.** A sentença de primeiro grau desconsiderou a alegação do autor de *mera tolerância*. Disse o réu tratar-se de mera cortesia, até por que o uso da servidão era eventual, além de não ser titulada a servidão. Enfim, na apelação foi reconsiderada a argumentação de *atos de tolerância*, que não induziu a posse da servidão, posto que não conseguiu demonstrar a autora sua posse e a servidão se prova, não se presume. “As eventuais passagens pela apelada decorrem de mera tolerância, não constituindo servidão de trânsito”, diz o acórdão, que segue: “Não tendo sido feita prova da posse e da utilização permanente do caminho, senão que meramente eventual e provisório, deve-se concluir na esteira da doutrina e da jurisprudência que ocorreu mera tolerância do apelante ao permitir o trânsito da apelada, sem contudo gerar servidão”. Buscando ilustrar a delimitação entre atos de mera tolerância e atos de

verdadeiro possuidor, o acórdão aponta que a inexistência de obras, bueiros, pontes, etc. obriga a investigar se se trata de verdadeira servidão ou se o proprietário serviente simplesmente *tolerou*, como bom vizinho e pessoa generosa os atos invocados como demonstrativos de posse, ainda que o atravessadouro ou caminho seja utilizado por muito tempo. Neste julgado, verifica-se uma coerência por parte do tribunal, seja na precisão da alegação de ato de tolerância, seja em relação aos julgados que versam sobre a posse de servidão.

**19. Apelação n. 38.724.** Entre as alegações do proprietário e autor à descaracterização da posse *ad usucapionem* está a de que consiste a posse eivada pelo vício da precariedade. A propósito, afirmou com simplicidade o requerido que adentrou no imóvel com permissão do proprietário, que lhe prometeu redigir um instrumento de contrato. Não obstante, fez o julgado uma leitura de doação do imóvel com o depoimento do requerido “*e mesmo que tal leitura não vingasse, o argumento da posse precária em virtude da permissão não vingaria, pois o próprio proprietário afirmou sem meias palavras que 'jamais autorizou o réu a ocupar o lote onde mora'*”, o que demonstra uma confusão, uma temeridade por parte de quem alega atos de mera permissão ou tolerância se auxiliará ou prejudicará a defesa de sua pretensão.

**20. Apelação n. 36.429.** Neste julgado, entendeu o acórdão que a *tolerância* da permanência no imóvel pelo proprietário, por solidariedade humana é *sinônimo de contrato de comodato* sem prazo determinado, o que, como vimos, é uma impropriedade, ao menos tecnicamente. Sendo a ênfase no contrato, de modo que, para este ser rescindido, faz-se necessário prévia notificação. *In casu*, esta não houve antes da propositura da ação, tornando os autores carecedores de ação. No entanto, as partes também fazem confusões diante do desespero na busca de argumentos favoráveis. Se



inicialmente, em 1º. grau alegam que em virtude de um “*verdadeiro gesto de solidariedade humana*” toleraram a permanência da parte *ex-adversa* no imóvel, após cessada o contrato de parceria agrícola por doença do cônjuge varão, posteriormente, no juízo de 2º grau, inconformados, alegam os autores: a quebra do contrato de parceria agrícola pelos réus; e que “*jamais emprestaram*” o imóvel aos réus, “*eles é que injusta e violentamente dele se apossaram*”, ou sejam, negam a mera tolerância que serviu de base para a inicial. Mais uma vez demonstra a temeridade, a insegurança que tal argumentação provoca, e não é para menos, pois as duas instâncias judiciárias confundiram o instituto do comodato com o vício da precariedade, a tolerância.

**21. Apelação n. 38.636.** Assim como em algumas outras ações de reintegração de posse de servidão, alegam os autores dois institutos jurídicos distintos: *a passagem forçada* e *a servidão de passagem*. Alerta a jurisprudência que a primeira decorre das relações de vizinhança, é uma limitação legal ao direito de propriedade, devido ao encravamento natural do prédio, cujo proprietário fica sem acesso a uma via pública, devendo a passagem estabelecer-se para que o imóvel não se torne improdutivo; já a *servidão de passagem* é uma restrição imposta a um prédio para uso e utilidade de outro, pertencente a proprietário diverso, é *um direito real sobre coisa alheia*, decorrente de situação de fato, ou normalmente, de convenção, pelas quais se impõe a um prédio um ônus real em favor de outro ou outros. Assim, *in casu*, provado não sendo o imóvel encravado, exclui-se cogitar de passagem forçada. Por outro lado, não tem a posse da servidão de passagem os autores pois não conseguiram demonstrar sua posse, quer pela falta de uso como ficou demonstrado nos autos, segundo o acórdão, como pela permissão para passagem que os autores solicitaram aos proprietários, configurando a exceção do art. 497 do CC. É de notar no acórdão, entretanto, que o

termo “tolerância” é utilizado como sinônimo de “permissão”, enfim, é mais um dos julgados que apresentam a comuníssima confusão.

**22. Agravo de instrumento n. 7.592.** Em que pese a existência de um “Termo de Permissão de Uso” celebrado entre os demandantes, o juiz *a quo* não concedeu a liminar por considerar, inclusive com base no art. 5º. da Lei de introdução ao CC, fatores tais como: ferroviário aposentado e familiares ocupando imóvel por mais de dez anos; tentativas de negociação entre os demandantes, a permanência do réu não impediria a concorrência pública pretendida pela autora, que desejava aproveitar “*a mudança de governo*”; e os notórios prejuízos que a não desocupação traria. Mas, a despeito de uma hermenêutica incorporadora de aspectos humanitários e sociais, o juízo *ad quem*, fundamentando-se apenas no referido “Termo” e na disposição do art. 497 do CC, concede a liminar de reintegração de posse em prol da empresa/autora.

**23. Apelação n. 39.948.** O comodato por prazo indeterminado está bastante evidente, aliás, é confirmado inclusive pelas partes. Destoando de posicionamentos anteriores, afirma o acórdão que “*simples inércia ou tolerância do dono do imóvel, por si só, não configura a relação contratual de comodato*”. Logo, a fundamentação que reconheceu a posse ao proprietário não foi a do art. 497 do CC., mas com razão, a rescisão contratual.

**24. Apelação n. 35.902.** Embora o juízo *ad quem* entenda que os autores não têm a posse hábil para o usucapião especial, a fundamentação é confusa e diversificada no que tange à *causa de possuir*: a posse decorreu de uma relação trabalhista, que ensejou um contrato de desocupação dentro de prazo certo, firmado entre os litigantes, na justiça trabalhista; “*a posse decorre de mera tolerância*” seja do “*contrato de locação, seja do contrato trabalhista ou do próprio apelante*”. Ressalvamos que a tolerância dá-

se apenas por parte do proprietário, posto que um contrato não tem essa faculdade, de *per si*, como diz o acórdão. Aliás, diante de tal confusão, depreende-se que a situação fática é sempre bem mais complexa do que a norma pode prever, posto que incide nela uma série de configurações semelhantes e aparentemente aplicáveis como espancadoras da posse. Mas, pelo visto, não há *tolerância* por parte do proprietário se este esperava o vencimento dos prazos contratuais. O não cumprimento contratual enseja uma posse injusta, em virtude da precariedade, posto que após o vencimento, tem o possuidor direto, e no caso, com posse dependente, a obrigação de restituir a coisa, o que não significa a configuração específica de atos de mera permissão ou tolerância.

**25. Apelação n. 43.885.** Os autores reconheceram perante a Justiça Trabalhista que possuem posse precária, comprometendo-se a desocupar o imóvel dentro de prazo determinado, não obstante a ocupação por mais de cinquenta anos, com fixação de residência, exploração econômica e sem oposição nem interrupção. Assim, alegam os réus, oportunamente, que os primeiros encontram-se na posse por tolerância ou sob às suas ordens. Logo, vê-se uma confusão conceitual, pois em um há uma “posse independente” e no outro, “dependente”, que é o fâmulos da posse.

**26. Apelação n.41.343.** Entendido demonstrado a ausência da posse *ad usucapionem*, requisito essencial para a propositura da referida ação de usucapião, foram os autores considerados carentes de ação, com fulcro no art. 267, IV do CPC. A posse foi espancada principalmente por consistir a detenção decorrente de ato de mera permissão dos parentes (pai e sogro) dos autores. Neste julgado, mais uma vez, verificamos a confusão entre a mera permissão e a tolerância, passando como sinônimas.

**27. Apelação n. 40.656.** A confusão dá-se não só com a permissão e a tolerância, mas também com o fâmulo da posse. Porém, o acórdão entende haver *expressa permissão*, revelado na atitude da autora de concordar com os atos de detenção do réu.

**28. Apelação n 41.283.** Neste julgado temos o reconhecimento do domínio em favor do possuidor não proprietário, posto que não restou, segundo o Tribunal, provado a posse precária decorrente de ato de mera permissão, que era a alegação dos réus. Nesse sentido, alegaram que “*em gesto de bondade e magnanimidade, cederam há anos, por empréstimo, de boa fé*” o imóvel aos autores. No entanto, aos magistrados pareceu provado a posse dos autores, bem como a de seus antecessores, protegendo-a do esbulho praticado pelos réus (benfeitorias como muro e deslocamento de estrada). É importante destacar que no presente acórdão há uma referência expressa a um conceito de posse, concebendo-a como “*um fato material, não um fato jurídico*”, e consoante afirma que “*via de regra, em possessória, busca-se saber quem tem a posse efetiva e não o direito a ela (...)*” e esclarece que “*o sistema possessório do Código Civil, como situação fática, não exige qualquer formalidade para comprovação da posse*”.

**29. Apelação n 46.775.** Novamente, temos mais um julgado com a explícita confusão entre tolerância e permanência, e de modo tal que pela narrativa dos fatos (o acórdão não traz a devida fundamentação) não se depreende qual foi o caso, não obstante tais atos são afirmados com o intuito de espancar a posse *ad usucapionem*.

**30. Apelação n 38.656.** Repetindo a argumentação do julgado anterior, bem como a sua confusão conceitual (incluindo como sinônimo também o comodato), neste visualiza-se, pela narrativa presente no acórdão, o ato de *permissão*, que foi verbal. Afirma também que uma posse só é clara aquela com *animus domini*, elemento capaz de afastar a exceção de atos de mera permissão ou tolerância.

**31. Apelação n 47.823.** O possuidor não proprietário vence nessa demanda porque a posse precária em virtude de uma tolerância não restou provada, o que, segundo o acórdão, foi espancado pelo exercício da posse com *animus domini*, bem como também com a venda *ad corpus* do imóvel, sendo que o constante de “extra” na escritura em relação ao limite fático à época da compra, não integra o patrimônio do novo proprietário. Neste ensejo, destaca-se o conceito objetivista de posse presente nos tribunais, mesmo que para fundamentar a proteção da posse do possuidor não proprietário, *in verbis*: “*se o autor não consegue provar o seu domínio, melhor é a situação do possuidor, em virtude da posse ser a exteriorização da propriedade o que, até certo ponto não deixa de induzir uma certa presunção de que o possuidor é proprietário*”. Por outro lado, talvez por ter mais clareza acerca dos atos de mera permissão ou tolerância, esse julgado conseguiu avaliar as provas apresentadas. Nesse sentido, o conceito de ato de mera permissão ou tolerância presente nesse julgado traduz-se como aqueles atos que “*não induzem posse, pois o possuidor não tem a intenção de transferir ao permissionário, ou àquele a quem tolera esses atos, nenhum direito à posse; a pessoa beneficiada recolhe a vantagem a título precário, sabendo de antemão que poderá perdê-la a qualquer momento, pois o titular do direito a suporta, sem dele abrir mão(..), ele transige com a prática dos atos, reservando-se, todavia, o direito de revogar a ordem, quando julgue conveniente (...). Tolero por gentileza ou amizade, que um vizinho passe pelo meu terreno. Embora não reiterada, tal passagem não induz posse, por se tratar de mero favor, a todo tempo revogável. Se apesar de revogada a autorização, persistir o vizinho na travessia, terá praticado a turbação*”. Por fim, observa o julgado que “*quem alega permissão ou tolerância deve comprová-la regularmente. Não o fazendo, prevalece o direito do possuidor em sua plenitude. Tais*

*concessões não são protegíveis pelos interditos*”. Para ilustrar a confusão conceitual que vimos falando, o juiz *a quo* entendeu haver *mera permissão*, e não *tolerância*, como alegaram os autores perante o juízo *ad quem*, que por sua vez demonstrou fazer a devida distinção.

**32. Apelação n. 36.758.** Fato curioso ocorreu nesse julgado, onde os autores alegam que os réus possuem posse *clandestina*, que enquanto proprietários aqueles “*nunca concederam a ocupação*” por esses. No entanto a decisão fundamenta-se justamente na precariedade da posse dos réus, decorrente da mera permissão. Vê-se desde logo, que a confusão denunciada em boa parte dos acórdãos no que tange aos atos de mera permissão ou tolerância, permanece ainda nos julgados de hoje. É como se na falta de melhores argumentos para espancar a posse, a alegação de atos de mera permissão ou tolerância constituem meio que dilui as formas probatórias.

### **3.4 Algumas constatações e reflexões.**

Após uma pesquisa empírica, embora de cunho ilustrativo, despontam algumas as constatações e reflexões, ainda que de modo genérico. É preciso destacar que uma precisão maior revelou-se impossível diante da superficialidade do conteúdo dos acórdãos, muito econômicos nas informações quanto aos fatos e aos argumentos apresentados no processo. Assim, do ponto de vista quantitativo, pudemos constatar que:

Na maioria dos acórdãos não ficou demonstrado como o Tribunal entendeu estar provada a alegação de atos de mera permissão ou tolerância. A julgar pela aparência, a alegação fica solta no corpo do julgado, criando uma ilusão de que tais atos prescindem de prova, o que evidentemente não corresponde à verdade, pois quando ocorreu o

inacolhimento de tais alegações, foi por debilidade probatória. É pois, devido a essa omissão que, salvo raras exceções que já expusemos quando da análise individuada dos acórdãos, é empregada (*regra*) a expressão, sem distinção, de *mera permissão* e *tolerância*; mais que isto, nem tão raro é a equiparação com o contrato de *comodato* e o *fâmulo da posse*, não obstante constituírem situações jurídicas distintas (como já demonstramos). Analisando o argumento determinante das decisões, verificamos que 25 delas deram acolhimento à alegação de atos de mera permissão ou tolerância, sendo que 12 deles referem-se apenas à *tolerância*, 11 à *mera permissão ou tolerância*, simultaneamente, e 2 `a *permissão*.

A insistência na distinção conceitual serve, sobretudo, no auxílio às evidências probatórias. Se por exemplo, a parte afirma que “permitiu” a ocupação, sem jamais ter dirigido a palavra (escrita ou falada) ao adversário, e este fazendo prova cabal deste fato, prejudicada estará a afirmação do proprietário, daí a importância da precisão. Se não obstante, isto não tiver a devida relevância, podemos inferir que a alegação de atos de mera permissão ou tolerância cumpre a **função de preencher os requisitos retóricos da decisão jurisdicional**; vale dizer, primeiramente forma-se a convicção e posteriormente dá-se a busca de argumentos, os mais hábeis possíveis, de fundamentação.

Cumpra observar que os referidos atos envolvem, por sua própria natureza, um estado ético de comportamento, necessitando ser tratado e provado como tal: motivações de cunho subjetivo, amizade, bondade, caridade, etc. Seria, no mínimo, incoerente confundir um ato de nobreza com violência, clandestinidade, quando outro é o parâmetro da relação humana.

Nesse sentido, raras foram as decisões que expuseram tais motivações, ocorrendo que prescindiram de apreciação quando houve argumentações dispares da parte, como “*posse violenta*” e posteriormente “*gesto de solidariedade*”<sup>110</sup>. Não que seja absolutamente impossível alguém possuir violentamente a coisa e, passados os anos, encontrando-se o possuidor precarista num estado de infelicidade (doença, pobreza, viuvez), despertar a compaixão do proprietário, que se sente constrangido em oferecer oposição ao infeliz, passando a tolerar a ocupação. Porém este estado íntimo do proprietário não é capaz de alterar o caráter com que foi adquirida a posse, posto que estaríamos diante de uma saída muito fácil e casuística em relação à posse que convalesceu, uma vez que é entendimento pacífico na doutrina e jurisprudência que, exceto o vício da precariedade, violência e clandestinidade convalescem.

Ainda, especificamente, sobre os atos de mera permissão ou tolerância, é pacífico no universo jurisprudencial examinado, que a detenção decorrente de tais atos constitui *posse precária*. Como vimos no capítulo anterior, sem razão pois, as objeções, também minoritárias na doutrina, como a de SERPA LOPES, que entende tais atos, enquanto não cassados, constituem apenas excludentes de antijuridicidade de conduta, polemizando com a decisão da apelação n. 25.748, que enquadra a espécie como “*exercício precário de um direito que não constitui posse*”.

Nos acórdão com mais densidade foi possível perceber, muitas vezes nas entrelinhas, que o vínculo entre os litigantes eram os mais diversos, indo desde o de parentesco, relações de boa vizinhança, até um antigo contrato, que não mais vigorava (trabalhista, comodato, parceria agrícola, locação). Porém, na sua maioria estava implícito que entre o atual proprietário e o detentor não havia um vínculo propriamente,

---

<sup>110</sup> Essa alegação foi feita pelo proprietário e autor na Apelação n. 36.429 de 19/11/92.



seja objetivo ou subjetivo, pois o detentor ocupou ou utilizou a coisa à época dos antigos proprietários, sendo que demonstrar a que título se deu a detenção foi tarefa das provas testemunhais, via de regra, controvertidas e subjetivas, por excelência. Percebe-se todo um esforço de retomada de fatos históricos, haja vista, em geral, consistir as ocupações ou utilizações da coisa durante um período médio entre 20 a 50 anos, sendo natural o falecimento de muitas pessoas que poderiam testemunhar os fatos com maior teor de veracidade, que ao morrerem, levaram consigo parte, nem sempre recuperável, da história.

Dos 32 julgados em que a posse é discutida sob o crivo dos atos de mera permissão ou tolerância, em 26 deles o proprietário é vencedor.

Semelhante proporção é o acolhimento das alegações de atos de mera permissão ou tolerância, que somam em 25 julgados. Coincide o acolhimento de tal alegação com o ganho de causa do proprietário (apenas se excetuando um caso<sup>111</sup>: houve o inacolhimento dos referidos atos, mas se aceitou a tese de posse direta decorrente de comodato, onde o proprietário é vitorioso).

A maioria dos litígios julgados pelo TJSC ocorreram entre pessoas físicas, que contamos 17, enquanto que em 15 delas, uma das parte pelo menos constituía pessoa jurídica. A propósito, dessas 15 pessoas jurídicas, só 3 não foram vencedoras no pleito, enquanto que muitos entre os vencidos tinham características de hipossuficiência sócio-econômica (em geral, viúvas, casais de velhos, agricultores aposentados, inválidos, etc.), revelando, na maioria dos casos uma relação de disparidade (desigualdade de fato) entre os litigantes, cuja relação de poder não foi considerada pelos julgadores de 2º grau.

Tivemos o propósito, ao pesquisar os julgados a partir de 1980, de verificar se após a promulgação da Constituição Federal de 1988 houve evolução jurisprudencial no sentido de incorporar os novos valores lá consagrados, entre eles o da função social da propriedade, que como vimos, só é possível realizar-se através da posse. Porém, constatamos que em julgado algum, exceto na apelação n.38.724, houve alteração de posicionamento do Tribunal em relação ao substrato ideológico presente no instituto possessório. A alegação de atos de mera permissão ou tolerância, na grande maioria, mostrou-se suficientemente capaz de descaracterizar a posse de uma situação fática, inobstante a ocupação por mais de vinte anos, o trabalho realizado sobre a terra, a miserabilidade dos detentores e sua dependência para com o imóvel (no sentido de satisfação de necessidades humanas básicas) e o desleixo dos proprietários.

Prova dessa hermeticidade jurisprudencial é o agravo n. 7.592 de 11 de maio de 1993, em que o magistrado da comarca de Blumenau fundamenta-se no art. 5º. da Lei de Introdução ao Código Civil, que diz: *“Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”*, ao não conceder liminar na ação de reintegração de posse pleiteada pela empresa ferroviária contra um velho ferroviário aposentado e sua família. Porém, a argumentação do juiz não foi apreciada pelo TJSC, que julgando estar caracterizado o ato de mera permissão da autora, proveu o agravo, concedendo liminar.

Sobre a exceção que a pouco mencionamos, consiste na admissão de usucapião especial urbano (tutelado no art. 183 da CF/88) como na matéria de defesa numa reivindicatória; julgada em 25.08.92, em que se desprezou até mesmo a declaração em juízo do possuidor direto de que teve permissão do proprietário para ocupar (o que

---

<sup>111</sup> Apelação n. 39.948 de 19/11/93.

contraditoriamente é negado por este), cuja síntese da motivação do *decisium* está expressa na seguinte transcrição: “A Constituição de 1988 visando amparar as pessoas mais humildes, mormente as que habitam nas favelas ou em loteamentos modestos criou também o usucapião constitucional brevis temporis”.

Analisando o instrumento processual postulatório utilizado, constatamos, em ordem decrescente que:

1º. Ação de reintegração de posse: Total: 14;

2º. Usucapião. Total: 9, sendo 8 extraordinário e apenas 1 especial;

3º. Reivindicatória. Total: 6;

4º. Manutenção de posse. Total: 3.

Quanto ao objetos de disputa, a maioria são imóveis, presentes em 26 julgados, enquanto que apenas em 6 discute-se a posse de servidão, 5 delas de passagem e uma de captação de água. Importante salientar que desde 1980 o nosso Tribunal não concedeu servidão àqueles que não são os legítimos possuidores do imóvel serviente, posto que está consolidado na jurisprudência que a servidão não se presume, caso em que logo a posse fica descaracterizada por um ato de mera permissão ou tolerância do legítimo possuidor para com o vizinho, o parente, o amigo, em geral.

Aliás, sobre a posse de servidão, a matéria parece consolidada. Esse fato leva-nos a concluir que os atos de mera permissão ou tolerância têm uma aplicação menos forçosa e mais adequada em se tratando de discutir a posse de servidão de passagem. Já em relação ao imóveis, a alegação do art. 497 do CC mostra-se mais complicada, constituindo argumento por demais subjetivo, frágil e o pior, à mercê de provas tão ou mais subjetivas e temerárias, como a prova testemunhal. É de se ponderar que, enquanto na concessão de passagem os vizinhos em geral são solidários com o

requerente da posse de servidão, pois não raro, utilizam-se também da passagem alheia; na posse de um imóvel o “possuidor direto” não raro encontra-se isolado, pois sua conduta constitui uma afronta ao absolutismo do direito de propriedade, além de ter questionado sua conduta ética (se abusou ou não da confiança do proprietário) na comunidade. Além do que, a posse de um imóvel envolve elementos que necessitam estar presentes na sua caracterização ou descaracterização, elementos esses que devem estar adaptados às necessidades impostas pela modernidade, aos novos direitos emergentes e aos valores incorporados pelo ordenamento positivo.

Em relação a um conceito de posse predominante no TJSC é de se observar, raramente, uma breve referência às teorias objetivistas clássicas, conforme expusemos no comentários dos acórdãos. Curiosamente, a busca dos conceitos dá-se principalmente nos acórdãos em que se fundamenta a posse do não proprietário.

Diante do que observamos, as contribuições de NILO BRUM<sup>112</sup> são um achado, na medida em que faz uma análise da sentença judicial a partir dos seus requisitos retóricos, definidos estes como “o conjunto de argumentos essenciais (essencial no sentido de mínimo necessário e provavelmente suficiente) da sentença, entendida esta como um discurso persuasivo”.

Nesse sentido, constatamos que a alegação de mero ato de permissão ou tolerância cumpre o papel de preencher o núcleo do requisito retórico da sentença, “onde o juiz precisa convencer que decide de forma legítima, válida e justa”<sup>113</sup>, cuja previsão legal da exceção à posse, com sua vagueza e subjetividade não questionada, permite o perfeito silogismo da sentença, qual seja: norma jurídica - premissa maior, o

---

<sup>112</sup> BRUM, Nilo de Bairros. *Requisitos retóricos da sentença penal*, p.04.

<sup>113</sup> BRUM, op. cit., p. 05.

fato *sub judice* - premissa menor e a aplicação da norma ao fato, a conclusão. A propósito, alguns acórdãos são bastante reveladores, cuja prova serve para corroborar a decisão, presente na seguinte afirmação: “*restou provado constituir atos de mera permissão ou tolerância*”.

No entanto, as questões anteriormente colocadas podem receber a sua parcela de resposta, se compreendermos que o processo decisório dá-se, primeiramente, “*segundo critérios muito complexos e variáveis, o juiz formula para si as soluções possíveis para o caso em exame e acaba se decidindo por uma delas depois de convencer-se de que é a que melhor atende ao seu foro íntimo de justiça. Depois, reúne os argumentos que possam convencer - persuadir - a comunidade jurídica de que sua decisão é legítima e objetivamente justa e, conseqüentemente irreformável*”<sup>114</sup>.

---

<sup>114</sup> BRUM, *idem*, p. 86.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Ao final deste, resta-nos sobretudo uma certeza: a de que o instituto da posse e suas as facetas constituem *locus* privilegiado de controvérsias, mas também de avanços. Teorias das mais diversas não faltam, difícil e talvez impossível é harmonizá-las. Não obstante o nosso Código Civil adotar a teoria objetiva de Jhering, a teoria subjetiva de SAVIGNY não é esquecida, seja pela doutrina, seja pela demanda de outros dispositivos normativos. De qualquer modo, ganha consenso na comunidade jurídica que a posse é um estado de fato, um poder capaz de afastar terceiros e permitir o aproveitamento de um bem da vida em atendimento a uma necessidade humana, sendo tutelado juridicamente enquanto melhor direito não lhe sobrevêm.

Por sua vez, este estado de fato tem a suas exceções, entre eles, os atos de mera permissão ou tolerância, consagrado no ordenamento legal enquanto um impeditivo à aquisição possessória, sem produzir, em tese, efeitos jurídicos.

Porém, ao tratarmos com os atos de mera permissão ou tolerância nas discussões forenses, eles ganham uma dimensão muito superior àquela que o art. 497 do CC nos remete. Assim, ao final de uma pesquisa empírica dos julgados do TJSC do período de 1980 a 1996, percebemos que na sua maioria, a alegação de tais atos constituem-se em requisitos essenciais de retóricas tópicas para a descaracterização de uma posse. Não há uma preocupação em defini-los, observar seus requisitos. Transformam-se em “saídas” discursivas, notadamente, por parte dos proprietários de imóveis. A jurisprudência, por sua vez, não faz questão da lapidação, seja dos atos de mera permissão ou tolerância, seja do próprio instituto da posse.

Face a pouca existência dogmática, a inibição jurisprudencial e o monopólio das significações jurídicas, resta o poder criativo dos advogados frente ao tema dos atos de mera permissão ou tolerância. Nesse sentido, os trabalhos produzidos na academia aspiram também interferir na produção dogmática, graças a importância desta a nível decisório<sup>115</sup>.

Visamos tratar de um tema que aparenta ser restrito, mais que é de suma importância no cotidiano foro, de modo que há muito que estudar sobre o tema dos atos de mera permissão ou tolerância, dentre os quais sugerimos pesquisas mais aprofundadas na sua dimensão retórica; a busca de sua redefinição teleológica frente aos novos valores incorporados ao instituto possessório; o seu papel histórico e ideológico frente à posse. Enfim, não pretendemos esgotar o assunto nem as sugestões. Eis um tema controvertido e árido a ser estudado, posto que, embora antigo, enfrenta dificuldades à luz das teorias tradicionais.

---

<sup>115</sup> Salienta BRUM, N. *Op. cit.*, p. 30 e 31, que “A nível decisório, as dogmáticas constituem, mais que métodos de interpretação, conjunto de decisões pré-fabricadas que, graças a sua autoridade, inibem a atividade efetivamente interpretativa do órgão decisório. Através de uma tradição universitária que (também por comodidade) faz desses modelos o único objeto de ensino e por meio da confirmação jurisprudencial, poucos homens mantêm o monopólio das significações jurídicas”.

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

- ALVES, José Carlos Moreira. *Posse: estudo dogmático*. 2ed., Rio de Janeiro: Forense, 1991. v.2, t1. 580 p.
- \_\_\_\_\_. *Posse: evolução histórica*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. v.1, 371 p.
- BESSONE, Darcy. *Da posse*. São Paulo: Saraiva, 1996. 200 p.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das coisas*. 2.ed., Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1946. v.1, 402 p.
- BRUM, Nilo de Bairros. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. 124 p.
- CHAVES, Antônio. *Lições de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. 200 p.
- COLLAÇO, Jaymor Guimarães. *Aquisição da posse*. (Tese de Doutorado), Florianópolis: UFSC, novembro de 1980. mimeo. 320 p.
- DAIBERT, Jefferson. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro: Forense, 1973. 444 p.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 11 ed., São Paulo: Saraiva, 1996. v. 4. 424 p.
- ESPÍNOLA, Eduardo. *Posse, propriedade - compropriedade ou condomínio - direitos autorais*. Rio de Janeiro: Conquista, 1965. 576 p.
- FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988. 95 p.
- FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Liminares nas ações possessórias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. 391 p.



- \_\_\_\_\_. *Posse e ações possessórias*. Curitiba: Juruá, 1994. v.1. 430 p.
- FRANÇA, R. Limongi. *Manual de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. v.3. 197 p.
- FULGÊNCIO, Tito. *Da posse e das ações possessórias*. 8 ed., São Paulo: Forense, 1994. v.1. 410 p.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1966. 496 p.
- \_\_\_\_\_. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense, 1973. 461 p.
- HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o Direito*. 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1986. 246 p.
- LEITE, Armando Roberto Holanda. *Usucapião ordinária e usucapião especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. 240 p.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *A monografia jurídica*. 2. ed., Porto Alegre: Fabris, 1987. 240 p.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil - direito das coisas*. 2.ed., São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1967. p. 575.
- MEIRA, Sílvio. *Temas de direito civil e agrário*. Belém: CEJUP, 1986. 248 p.
- MIRANDA, Pontes de . *Tratado de direito privado* - . parte especial, 4ed., São Paulo: RT, 1983. t10. 640 p.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 13 ed., São Paulo: Saraiva, 1974. v.3. 412 p.
- NEQUETE, Lenine. *Da prescrição aquisitiva*. 3.ed., Porto Alegre: Ajuris, 1981. 210 p.
- NORONHA, Fernando. *Diferença entre direitos reais e direitos de crédito*. Florianópolis, Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Departamento de Direito Privado e Social, 1994. 50 p. Digitado.

- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 8ed., Rio de Janeiro: Forense, 1990. v.4. 380 p.
- PILATI, José Isaac. Aula n.º 01 e 02 - Jurisprudência de Direito Civil II. Florianópolis, Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Departamento de Direito Privado e Social, 1994. 04 p. Digitado.
- PONTES, Tito Lívio. Da posse. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda, 1977. 370 p.
- PREZZOTO, Mauro e MARTINS, Rode Anélia. A desapropriação de terras, por interesse social, para fins de reforma agrária. Pesquisa de iniciação científica, Florianópolis, Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Departamento de Direito Privado e Social, 1996. 40 p.
- RIBAS, Antônio Joaquim. Da posse e das ações possessórias segundo o direito pátrio. São Paulo: Miguel Melillo, 1901. 340p.
- RIZZARDO, Arnaldo. Direito das coisas. 3. ed., Rio de Janeiro:Aide, 1985. v.1. 303 p.
- RODRIGUES, Sílvio. Direito civil. São Paulo: Saraiva, 1992. v.5. 230 p.
- RUGGIERO, Roberto. Instituições de direito civil. Trad. Ary dos Santos. São Paulo: Saraiva, v.2. 563 p.
- SALLES, José Carlos de Moraes. Usucapião de bens móveis e imóveis. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. 390 p.
- SILVA, De Plácido e. Vocabulário jurídico. 3.ed.,Rio de Janeiro: Forense, 1973. v.1. A -C. 466 p.
- WALD, Arnold. Curso de direito civil brasileiro - direito das coisas. 3.ed., São Paulo: Sugestões Literárias, 1973. 295 p.

## LISTAGEM DOS ACÓRDÃOS

- 14/12/83. Ação rescisória n. 362; de Campos Novos. Domingos de Souza e sua mulher. Rel. Des. Ernani Ribeiro. Publ. na Revista Jurisprudência Catarinense/84 - 43/341. *Usucapião extraordinário. Posse mansa, pacífica e ininterrupta por mais de vinte anos. Alegação de permissão ou tolerância . Inacolhimento.*
- 28/08/84. Apelação n. 21.142, de Campo Erê. José Maria Guzzatti e Carlos Golelner versus Basílio Holdefer e sua mulher. Rel. Des. João Martins. Publ. na Revista Jurisprudência Catarinense/84 - 46/198. *Manutenção de posse. Servidão de água. Condução por meio de Mangueiras. Mera tolerância. Improcedência da Ação. Havendo conflitos de provas dos litigantes, decide-se contra a servidão. Em princípio o transporte de água por meio de mangueiras, constitui ato de mera permissão ou tolerância que gerou ao usuário posse precária. Recurso conhecido e improvido.*
- 10/06/86. Apelação n.24.394; de Imaruí. Salomão Raulino e sua mulher versus Benício Valentin e sua mulher. Rel. Des. Norberto Ungaretti. *Manutenção de posse. Pressupostos amplamente demonstrados. Ato de mera permissão ou tolerância e que não induzem posse. Sentença confirmada.*
- 09/09/86. Apelação n.25.085, da Capital. Olegário V. Vieiria e outros e suas respectivas mulheres versus Rosalba M. Pereira e outras. Rel. Des. May Filho. *Reintegração de posse. Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância (art. 497 do CC). Recurso improvido.*
- 21/11/86. Apelação n.24.016, de Rio do Sul. Arno Vogelbacher versus Egon Ewald. Rel. Des. Nelson Konrad. *Reintegração de posse. Servidão não titulada. Prova de que a passagem foi concedida à empresa locadora do prédio do autor por mera tolerância do proprietário. Improcedência da ação. Recurso desprovido.*
- 02/12/86. Apelação n.25.748, de Lages. Damião Ribeiro e sua mulher versus Vasldevino Valtrick e sua mulher. Rel. Des. Napoleão Amarante. *Reintegração de posse. Utilização de via particular po mera tolerância. Exercício precário de um direito que não constitui posse. Pedido julgado improcedente. Reconvenção oferecida pelos demandados. Impossibilidade, a teor do art. 922 do CPC. Recurso desprovido. Atos de mera permissão ou tolerância não conferem direito a proteção possessória porque tanto um como outro, segundo orientação doutrinária e jurisprudencial, não podem traduzir-se em posse por não se suportarem no animus tenendi. A ação de natureza possessória não comporta a reconvenção, diante dos termos do art. 922 do CPC, porque, por este dispositivo, pode o réu, independentemente dela, pleitear não só a tutela da posse, como ainda a indenização por prejuízos decorrentes da turbação ou esbulho.*

- 29/03/88. Apelação n.25.554, de Guaramirim. Anastácia Schmitz versus Estofados Mannes Ltda. Rel. Des. Norberto Ungaretti. *Usucapião extraordinário. Atos de mera permissão ou tolerância não induzem posse. E quem ocupa um imóvel nessa condição não pode a rigor dizer que o possui como seu, pelo que é inviável a pretensão de usucapi-lo. Recurso desprovido.*
- 30/03/88. Agravo de instrumento n. 4.334, de Ibirama. Luciano Novack e sua mulher versus Alfredo Schilindwein e sua mulher. Rel. Des. Volnei Carlin. *Reintegração de posse. Medida liminar. Alegativa de ausência de fundamentação, Inocorrência. Critério para a sua concessão. A decisão interlocutória que concede a reintegração liminar, considera-se fundamentada se o juiz faz remissão ao que ficou demonstrado na audiência de justificação prévia. Ato de mera tolerância. Notificação para a desocupação, Esbulho caracterizado. Os atos de mera permissão ou tolerância não induzem posse. O detentor do imóvel que o vem utilizando com permissão do proprietário, que se recusa a desocupá-lo, mesmo notificado judicialmente, comete esbulho.*
- 21/03/89. Apelação n. 30.420, de Timbó. Sociedade Recreativa e Esportiva Liberdade versus Edgar Radüns e outros. Rel Des. Rubem Córdova. *Reintegração de posse. Ausência dos pressupostos legais. Atos de mera permissão ou tolerância. Uso e utilização de área situada em terreno particular para a prática de competições esportivas (futebol) de recreação, mediante permissão ou tolerância (expressa ou tácita) do proprietário. Concessão precária, provisória, que a qualquer tempo poderá ser cassada, pelo possuidor, a seu nuto, não assistindo ao beneficiário direito algum, a qualquer título, face o disposto no art. 497 do CC. Pedido inicial julgado improcedente. Recurso interposto, improvido, sentença confirmada.*
- 13/06/89. Apelação n. 30.410, de Braço do Norte. Joaquina Marcelino versus Prefeitura Municipal de Braço do Norte. Rel Des. Cid Pedroso. *Usucapião extraordinário. Sentença que julga improcedente o pedido. Recurso de apelação. Demonstrado que a posse foi exercida por mera tolerância do proprietário anterior, e, ainda que o proprietário atual de grande parte do imóvel é a Prefeitura municipal, e nesta condição os bens públicos não são passíveis de usucapião, é de se negar provimento ao recurso.*
- 01/03/90. Apelação n.25.150, de Orleans. Nora Lage S/A versus Pedro Claudino. Rel. Des. Cid Pedroso. *Reivindicatória. Defesa fundada na aquisição usucapionem. Improcedência reconhecida no primeiro grau de jurisdição. Recurso provido. Sentença reformada. Voto divergente. Se as provas carreadas aos autos não são suficientes para demonstrar a aquisição do usucapião e, ao contrário, conclui-se que a posse era tida por mera tolerância, observados os requisitos legais, procedente é o pedido reivindicatório.*
- 29/05/90. Apelação n.32.893, de Imbituba. Maurício Sebastião e sua mulher versus EMACOBRAS S/A . Rel. Des. Cid Pedroso. *Manutenção de posse. Posse*

*exercida por mera tolerância. Improcedência da demanda. Improvimento do recurso.*

- 11/12/90. Apelação n.34.857, de Urussanga. Pedro Liviero versus Antônio Coral e sua mulher. Rel. Des. Cid Pedroso. *Usucapião extraordinário. Condições insatisfeitas. Provimento do recurso. Para que o usucapião seja deferido mister que se preencha e se observe as seguintes condições: deverá o requerente provar a sua posse mansa, contínua, ininterrupta, pública, pacífica, inequívoca, atual, sem vícios, com ânimo de dono e pelo lapso temporal legal.*
- 02/04/91. Apelação Cív. n.32.973; de Balneário Camboriú. Panificadora Pão Doce versus Murilo Mugnez e sua mulher. Rel. Des. José Bonifácio. Publ. No Diário da Justiça e, 15.05.91, n. 8249, p.6. *Ação de reintegração de posse. Construção de muro no imóvel impedindo a visibilidade do domínio e a possibilidade de dispor a coisa. Esbulho caracterizado. Sentença mantida. Apelação desprovida. A utilização de parte do imóvel por ato de mera permissão ou tolerância não induz posse (art. 497 do CC). Posse é a visibilidade do domínio, a exteriorização da propriedade, a possibilidade de dispor da coisa, aliada à utilidade econômica da coisa, independente da ocupação material ou do contato físico.*
- 28/05/91. Apelação n.35.667; de Tangará. Alberto Chiarnoski versus União Futebol Clube. Rel. Des. João Martins. *Usucapião extraordinário. Pressupostos. Alegação de simultaneidade de prova e mera tolerância. Inexistência dessas provas. Ação procedente. Recurso conhecido e improvido.*
- 27/06/91. Apelação n.36.590; de Ibirama. Haroldo Esemann versus Sociedade Escolar Hamônia. Rel. Des. Gaspar Rubick. *Reivindicatória. Posse dos réus subordinada à anterior proprietária. Apesar de exercida de boa fé, é injusta à luz do art. 524 do CC. Julgamento antecipado da procedência mantida. Cerceamento de defesa inócurrenente. Recurso improvido.*
- 23/06/92. Apelação n. 34.993; de Santo Amaro da Imperatriz. Neri Schultz e outros versus Alécio Probst. Rel. Des. Eduardo Luz. *Reintegração de posse. Quase posse de servidão. Ação julgada improcedente. Não basta a aparência de servidão. É necessário demonstrar que os atos invocados como demonstrativos da posse não se confundem com os atos de mera tolerância, ainda que o atravessadouro ou caminho seja utilizado por muito tempo. A servidão não se presume, devendo ser alegada e provada; ao contrário, presume-se que ao domínio nada se restringiu para se comprovar qualquer direito real.*
- 06/08/92. Apelação n.32.914, de Imbituba. Cristiano Tostes Agrifoglio versus Lurdes Lúcia de Bortoli Groth. Rel. Des. João José Schaefer. *Reintegração de posse. Servidão de trânsito. Como as servidões em geral, não se presume (Cód. Civil, art.896), devendo sua exigência ser provada por quem a alega. A passagem eventual de pedestres ou mesmo de veículos por um terreno em direção à praia*

*não importa na constituição de servidão, não revestindo senão atos de tolerância, que não induzem posse. Apelo provido.*

- 25/08/92. Apelação n.38.724; de Seara. Oleandro Ferreira Prestes e sua mulher Ignês Ferreira Prestes versus Imobiliária Seara Ltda. Rel. Des. Álvaro Wandelli. *Reivindicatória. Prescrição aquisitiva. Usucapião especial urbano. Reconhecimento como matéria de defesa. O art. 183 da Constituição Federal de 1988, que trata do usucapião de área urbana, firma como termo a quo do lapso aquisitivo o exercício da posse, mesmo que anterior à promulgação da nova Carta. É requisito indispensável para se obter o domínio de imóvel através de usucapião urbano que haja posse mansa e pacífica por um período mínimo de cinco anos ininterruptos. Encontrando-se a área usucapível dentro de área maior, a procedência da prescrição aquisitiva deverá recair somente sobre a área de duzentos e cinquenta metros quadrados, cuja posse fora efetivamente exercida mediante construção de moradia.*
- 19/11/92. Apelação n.36.429; de Tubarão. Henrique Feuerschuette e sua mulher versus Antônio Buss. Rel. Des. João José Schaefer. *Reintegração de posse. Cessando parceria agrícola por doença do que lavrava a terra e permanecendo no imóvel por tolerância do proprietário, por solidariedade humana, tudo como relatado na inicial, desenha-se a ocupação a título de comodato, hipótese em que a reintegração de posse, independentemente de outros aspectos da contestação, exige previa notificação. Não tendo sido esta promovida, são os autores carecedores de ação. Apelo desprovido.*
- 30/03/93. Apelação n. 38.636, Ponte Serrada. Delvino Deola e sua mulher versus Vitório Ribeiro e sua mulher. Rel. Des. João Martins. *Reintegração de posse. Passagem forçada. Inexistência. Encravamento voluntário. Precedente desta casa. Somente o encravamento natural, inobstante a solidariedade inerente às relações de vizinhança, e a conveniência de se aproveitar devidamente o solo, dá ensejo à passagem forçada. Servidão de caminho. Inexistência. Uso familiar exclusivo. Acesso os apelantes somente com permissão dos legítimos proprietários. Honorários. Condenação dos vencidos na sentença, a pagar honorários em favor da parte excluída do processo em despacho saneador omissivo a respeito. Impossibilidade. Reforma da sentença neste particular. Recurso conhecido e parcialmente provido.*
- 11/05/93. Agravo de instrumento n. 7.592, de Blumenau. Rede Ferroviária Federal S/A versus Eduardo da Silva. Rel. Des. João Martins. *Reintegração de posse. Termo de permissão de uso outorgado a título precário. Notificação para a entrega do imóvel. Prazo vencido. Esbulho caracterizado. Presentes os requisitos do art. 927 do CPC. Liminar concedida. Recurso provido para esse fim.*
- 19/11/93. Apelação n.39.948, de Criciúma. Maria Zappelini versus Hédio Nunes e sua mulher. Rel. Des. Francisco de Oliveira Filho. *Reintegração de posse. Comodato. Art. 1.248 do CC. Pressupostos caracterizados. Apelo por maioria*

*improvido. Simples inércia ou tolerância do dono do imóvel, por si só, não configura a relação contratual de comodato.*

- 19/04/94. Apelação n.35.902, de Porto União. Kazuami Inushi versus Romualdo Ososwiski e sua mulher. Rel. Des. Napoleão Amarante. *Usucapião especial. Incomprovação da posse nos termos do art. 1º. da Lei 6.969 de 10/12/81. Reforma da sentença para julgar improcedente o pedido.*
- 26/04/94. Apelação n.43.885, de Capinzal. Felisberto Ferreira e sua mulher versus Domingos Pelizzaro e outros. Rel. Des. Rubem Córdova. *Usucapião extraordinário. Aforada por detentor de posse, objetivando adquirir o domínio pelo usucapião, sobre uma área rural integrante de imóvel maior transcrito no registro de imóveis em nome dos confinantes, que, citados, se insurgiram contra tal pretensão dos promoventes, por serem legítimos senhores e possuidores do terreno em que se situa a área usucapienda, sobre o qual os autores não tem posse, apenas detém posse precária por permissão ou tolerância dos donos, pelo que reconheceu perante a Justiça Trabalhista. Encerrada a instrução com a produção de prova oral, julgou-se improcedente a ação. De cuja decisão recorreu a parte vencida, em que pede a reforma. A Câmara decidiu acolher o pedido de reforma e manter a sentença apelada por seus próprios fundamentos, face os elementos de prova e de convicção constantes dos autos, constituídos de prova documental e de prova testemunhal, vez que resultou comprovado que de fato os contestantes são legítimos senhores e possuidores do imóvel rural em que se situa a área descrita na petição inicial e objeto da ação de usucapião, aplicando-se ao caso dos autos o disposto no art. 487 e 497 do CC.*
- 26/04/94. Apelação n.41.343, de Araranguá. Aires de Souza e sua mulher versus Atemar piazza e outros. Rel. Des. Rubem Córdova. *Usucapião extraordinário. Detentor de posse, visando obter o domínio pela via do usucapião, com o fundamento no art. 550 do CC, sobre uma área que faz parte integrante de uma gleba maior que se acha transcrita no registro de imóveis em nome de terceiros, que não foram referidos na petição inicial para efeito de citação na forma da lei, mas que inobstante, passaram a integrar a lide, através de contestação, se insurgindo contra tal pretensão sob a alegação de que a área usucapienda lhes pertence, onde residiam os autores por mera tolerância dos contestantes, por se tratar de genro e filha destes; e que não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância, bem como que ali foram implantado e transcrito no registro de imóveis. Feita a justificação em audiência preliminar e declarada justificada a posse, transcorrido o prazo de defesa, várias pessoas através de contestação, se insurgiram contra o pedido. No estado do processo declarou-se a sua extinção, com base no art. 267, IV do CPC, por não se ter comprovada a posse, requisito essencial ao prosseguimento da proposta. De cuja decisão recorreu a parte autora, em que pede a reforma. A câmara decidiu acolher o pedido de reforma e manter a sentença apelada por seus próprios fundamentos, pois, ocorrendo qualquer das hipóteses previstas nos arts. 267 e 269, II a V, do CPC, o juiz declarará extinto o processo (art. 329 CPC) e, no caso, não resultou comprovada a posse, que é requisito essencial ao prosseguimento da ação de*

*usucapião, uma vez que restou provado que o imóvel em que se situa a área usucapienda, está transcrita no registro de imóveis em nome de terceiros, que foram omitidos na inicial, cuja citação por óbvio não foi requerida. Inexistindo o pressuposto processual de constituição ou desenvolvimento regular e válido do processo, o juiz declarará este findo e extinto sem julgar o mérito, ainda que o réu nada tenha alegado, isto é, de ofício, o mesmo acontecendo no que tange ao pressuposto do litígio (art. 267, parágr. 3º. do CPC).*

- 24/05/94. Apelação n.40.656, de Urussanga. Sérgio Gonçalves e sua mulher versus Companhia Siderúrgica Nacional. *Reintegração de posse. Julgada procedente. Preliminar de falta de citação afastada. A presença do réu em audiência de instrução e julgamento supre a falta de citação. Preliminar de cerceamento de defesa. Matéria apreciada em decisão interlocutória, da qual a parte não interpôs recurso cabível. Preclusão. Alegação de ser o réu possuidor há mais de vinte anos, pretendendo demonstrá-la por prova testemunhal. Desnecessidade. Posse em razão de mera tolerância. Recurso improvido. A parte detinha a posse por mera permissão do proprietário, a proteção possessória torna-se improcedente, eis que os atos de mera permissão não induzem posse. A tomada de depoimentos faz-se irrelevante diante da comprovada precariedade da posse.*
- 22/11/94. Apelação n.41.283, de Tijucas. Paulo Mayerle e sua mulher versus Rui Willeke e sua mulher. Rel. Des. Vanderlei Romer. *Reintegração de posse. Sucessor que por escritura pública adquire direitos possessório de legítimo herdeiro de antigo possuidor, tem legitimidade para invocar a tutela possessória. Escorando-se a alegação, a defesa, de que o sucedido, embora com o poder físico (corpus) não tinha a intenção de ter para si o imóvel, por que o ocupava por ato de mera permissão do contestante, cabe a este prova cabal dessa alegação. Se não a faz, procedente é a reintegratória, se verificado que se apossou da área em litígio. Sentença confirmada.*
- 22/11/94. Apelação n.46.775, de Biguaçu. Bertoldo de Aquino, Olga Rosa de Aquino, Reinaldo de Aquino e Guilhermina custódio Florêncio versus Nilson Aloísio Goedert e Maria Gorete Goedert. Rel. Des. Rubem Córdova. *Reivindicatória. Proprietários possuidores contra possuidores não proprietário, conforme escritura pública de compra e venda do bem imóvel, transcrita no registro de imóveis competentes, objetivando imitar-se na posse do aludido imóvel que se encontra em poder e/ou na posse injusta dos demandados. Citados os réus, estes através de contestação, se insurgindo contra tal pretensão, alegam se encontrarem na posse justa em função de permuta que não se concretizou formalmente, tendo ali introduzido benfeitorias, que no caso de insucesso não de ser indenizadas; bem como a título de defesa, dizem presentes os pressupostos do usucapião especial (Lei 6.969/81). Após audiência de instrução e julgamento, julgou-se procedente a reivindicatória proposta. Recurso interposto pela parte vencida, em que pede a reforma do decisum, reiterando os mesmos argumentos da contestação. A Câmara decidiu o acolher o pedido de reforma e manter a decisão recorrida, por seus próprios fundamentos; uma vez que se encontram presentes os pressupostos legais da ação de reivindicação,*



*proposta com fundamento no art. 524 do CC; comprovado o domínio e a posse injusta, impõe-se a procedência do pedido reivindicatório, inclusive porque não caracterizou-se o usucapião especial argüido pelos demandados para efeito de aquisição do domínio.*

21/03/95. Apelação n.38.656, de Criciúma. Sociedade Recreativa e Esportiva Ipiranga Futebol Clube versus Engenharia Castanhel Ltda. e Prefeitura Municipal de Criciúma. Rel. Des. Napoleão Amarante. *Usucapião extraordinário. Incomprovação da posse com animus domini e sem interrupção de lapso vintenário. Pedido julgado improcedente. Sentença confirmada. Para a procedência da ação deve o autor demonstrar não só a posse efetiva, independentemente de boa fé, por lapso nunca inferior a vinte anos, como também comprovar que o efetivo exercício, como também que o efetivo exercício sempre foi com animus domini. Não caracterizam a posse ad usucapionem os atos de mera permissão e tolerância, cessão gratuita ou ocupação consentida pelo proprietário.*

02/05/95. Apelação n.47.823, da Capital. Pedro Baranenko e sua mulher versus Maurinho Pinheiro e sua mulher. Rel Des. Nilton Macedo Machado. *Reivindicatória. Pressupostos. Doação da área reivindicada que afasta alegação de atos permissão ou tolerância. Venda ad corpus aos autores. Posse injusta não caracterizada. Pedido procedente. sentença reformada. A permissão e a tolerância não induzem posse, pois o possuidor não tem a intenção de transferir ao permissionário, ou aquele de quem tolera esses atos, nenhum direito à posse. O beneficiado recolhe à vantagem a título precário, sabendo que poderá perdê-la a qualquer tempo, pois o titular do direito a suporta, sem dele abrir mão. A venda se diz ad corpus quando a preocupação das partes é vender e comprar coisa certa e discriminada, sem que a circunstância de ter uma ou outra extensão, constitua motivo de maior relevo na formação do consentimento.*

08/05/96. Apelação n.36.758, de Orleans. Jacy Gonçalves e sua mulher versus Imobiliária Nora Lage Ltda. Rel. Des. Solon d'Eça Neves. *Reivindicatória. Empresa proprietária de área. Cessão de uso a funcionário. Posse por mera concessão e tolerância. Posse não conduz à prescrição aquisitiva. Agravo retido provido. Pedido procedente.*