

Direito Civil

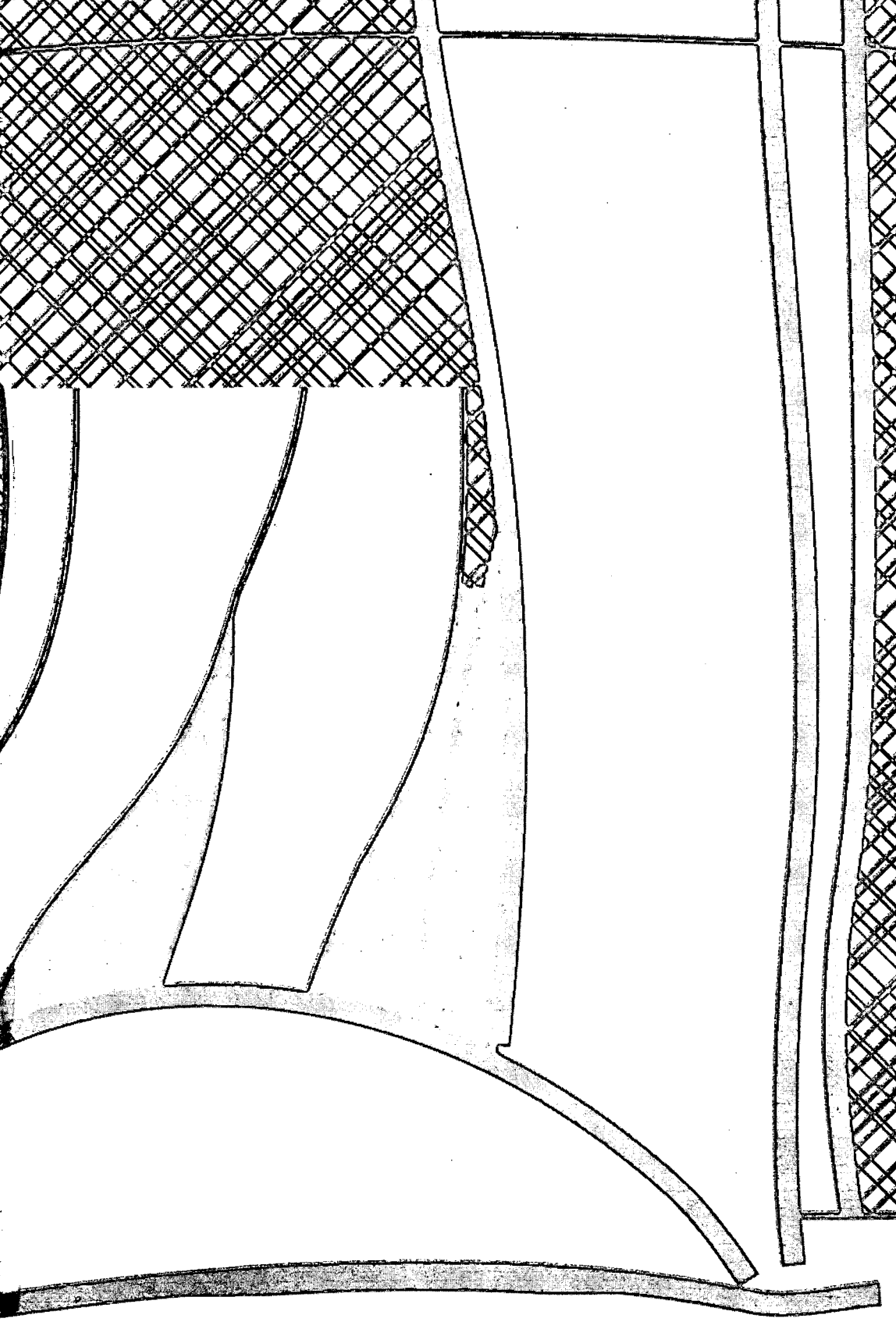
Direito das Coisas Vol. I

Clóvis Beviláqua

História do Direito
Brasileiro



3



Senado Federal

Senador José Sarney, Presidente
Senador Paulo Paim, 1º Vice-Presidente
Senador Eduardo Siqueira Campos, 2º Vice-Presidente
Senador Romeu Tuma, 1º Secretário
Senador Alberto Silva, 2º Secretário
Senador Heráclito Fortes, 3º Secretário
Senador Sérgio Zambiasi, 4º Secretário
Senador João Alberto Souza, Suplente
Senadora Serys Sihessarenko, Suplente
Senador Geraldo Mesquita Júnior, Suplente
Senador Marcelo Crivella, Suplente

Superior Tribunal de Justiça

Ministro Nilson Vital Naves, Presidente
Ministro Edson Carvalho Vidigal, Vice-Presidente
Ministro Antônio de Pádua Ribeiro
Ministro Luiz Carlos Fontes de Alencar, Diretor da Revista
Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira
Ministro Raphael de Barros Monteiro Filho
Ministro Francisco Peçanha Martins
Ministro Humberto Gomes de Barros
Ministro Francisco Cesar Asfor Rocha, Coordenador-Geral da Justiça Federal
Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior
Ministro Vicente Leal de Araújo
Ministro Ari Pargendler
Ministro José Augusto Delgado
Ministro José Arnaldo da Fonseca
Ministro Fernando Gonçalves
Ministro Carlos Alberto Menezes Direito
Ministro Felix Fischer
Ministro Aldir Guimarães Passarinho Junior
Ministro Gilson Langaro Dipp
Ministro Hamilton Carvalhido
Ministro Jorge Tadeo Flaquer Scartezzini
Ministra Eliana Calmon Alves
Ministro Paulo Benjamin Fragoso Gallotti
Ministro Francisco Cândido de Melo Falcão Neto
Ministro Domingos Franciulli Netto
Ministra Fátima Nancy Andrichi
Ministro Sebastião de Oliveira Castro Filho
Ministra Laurita Hilário Vaz
Ministro Paulo Geraldo de Oliveira Medina
Ministro Luiz Fux
Ministro João Otávio de Noronha
Ministro Teori Albino Zavascki
Ministro José de Castro Meira



Direito Civil

9

Direito das Coisas

Vol. I

Clóvis Beviláqua
Obra fac-similar

Prefácio de
Francisco Cesar Asfor Rocha

História do Direito
Brasileiro



Brasília
Agosto/2003

Conselho Editorial

Senador José Sarney, Presidente
Joaquim Campelo Marques, Vice-Presidente
Carlos Henrique Cardim, Conselheiro
Carlyle Coutinho Madruga, Conselheiro
Raimundo Pontes Cunha Neto, Conselheiro

O Conselho Editorial do Senado Federal, criado pela Mesa Diretora em 31 de janeiro de 1997, buscará editar, sempre, obras de valor histórico e cultural e de relevância para a compreensão da história política, econômica e social do Brasil e reflexão sobre os destinos do país.

Coleção História do Direito Brasileiro - Direito Civil

ANTONIO JOAQUIM RIBAS	JOSÉ DE ALENCAR
Curso de Direito Civil brasileiro	A Propriedade pelo Cons. José de Alencar -
ANTONIO MAGARINOS TÔRRES	com uma prefação do Cons. Dr. Antonio
Nota Promissória - estudos da lei, da doutrina	Joaquim Ribas
e da jurisprudência cambial brasileira	LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA
AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS	Direito das Coisas - adaptação ao Código
Consolidação das Leis Civis	Civil por José Bonifácio de Andrada e Silva
AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS	LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA
Código Civil: esboço	Direitos de Família - anotações e adaptações
CLÓVIS BEVILÁQUA	ao Código Civil por José Bonifácio de
Direito das Coisas	Andrada e Silva
FRANCISCO DE PAULA LACERDA DE	LOURENÇO TRIGO DE LOUREIRO
ALMEIDA	Instituições de Direito Civil brasileiro
Obrigações: exposição systemática desta	PEDRO ORLANDO
parte do Direito Civil pátrio segundo o	Direitos Autorais: seu conceito, sua prática e
método dos "Direitos de Família" e "Direito	respectivas garantias em face das
das Coisas" do Conselheiro Lafayette	Convenções Internacionais, da legislação
Rodrigues Pereira	federal e da jurisprudência dos tribunais

Comissão Organizadora do Superior Tribunal de Justiça

Walkir Teixeira Bottecchia, Secretário-Geral
Jefferson Paranhos Santos, Assessor de Articulação Parlamentar
Marcelo Raffaelli, Assessor Jurídico
Luciana Raquel Jáuregui Costandrade, Assessora Jurídica
Judite Amaral de Medeiros Vieira, Núcleo de Redação e Revisão
Mari Lúcia Del Fiaco, Núcleo de Redação e Revisão
Stael França de Medeiros Oliveira Andrade, Núcleo de Redação e Revisão

Projeto Gráfico

Carlos Figueiredo, Núcleo de Programação Visual
Eduardo Lessa, Núcleo de Programação Visual
Taís Villela, Coordenadora do Núcleo de Programação Visual

Beviláqua, Clóvis, 1859-1944.

Direito das coisas / Clóvis Beviláqua ; prefácio de
Francisco César Asfor Rocha. -- Brasília : Senado
Federal, Conselho Editorial, 2003.

2 v. -- (História do direito brasileiro. Direito civil)

1. Direito das coisas, Brasil. I. Título. II. Série.

CDDir. 342.12

No prefácio de sua monumental *A Política Exterior do Império*, dizia Calógeras, referindo-se à história diplomática do país, que era preciso evitar se perdesse “o contato com esse passado tão fecundo em lições e tão cheio de seiva alentadora para quem o sabe consultar”. Foi com a mesma finalidade, agora com foco na história das instituições jurídicas brasileiras, que o Senado Federal e o Superior Tribunal de Justiça celebraram convênio para a reedição de grandes obras do Direito Civil e Penal pátrio que comporão a coleção intitulada *História do Direito Brasileiro*.

O projeto nasceu de sugestão que me fez o pesquisador Walter Costa Porto, advogado, professor universitário, ex-Ministro do Superior Tribunal Eleitoral, emérito constitucionalista, personalidade merecedora do respeito de todos quantos o conhecem, a quem presto neste ensejo a justa homenagem que lhe é devida.

Seu objetivo é atualizar, num corpo orgânico, parte da história de nosso Direito e, dessarte, colocar à disposição de especialistas e demais interessados obras da literatura jurídica nacional hoje esgotadas ou de difícil acesso. A importância da iniciativa é evidente: por um lado, contribui para a preservação de nosso patrimônio cultural; por outro, ajudará os estudiosos da evolução das instituições do Direito brasileiro.

Quer nos escritos, quer nas biografias, evidencia-se a magnitude das personalidades a serem reeditadas. Com efeito, não se trata apenas de juristas e autores de obras de Direito, mas de luminárias da cultura nacional, que foram também catedráticos, literatos, jornalistas, ocupantes de elevados cargos públicos e militantes da política.

A coleção publicará onze livros de Direito Civil e dez de Direito Penal. Aqueles são os seguintes:

- *A Propriedade pelo Cons. José de Alencar* – com uma prefacção do Cons. Dr. Antonio Joaquim Ribas, trazendo de volta livro cujo autor, além de dar expressiva contribuição às letras brasileiras, teve importante carreira política e ocupou o Ministério da Justiça no gabinete Itaboraí.

Acresce ser o livro prefaciado por Antonio Joaquim Ribas, jurista que também será reeditado na coleção.

- *Consolidação das Leis Civis*, de 1858, e *Código Civil: esboço*, dois trabalhos de reconhecido valor histórico, da lavra de Augusto Teixeira de Freitas. O primeiro foi-lhe encomendado pelo governo imperial; a comissão encarregada de revê-lo, após dar o laudo aprobatório, acrescentou que sua qualidade recomendava a habilitação de Teixeira de Freitas “para o Projeto do Código Civil, do qual a *Consolidação* é preparatório importante”. Seu esboço de Código Civil, não aproveitado no Brasil, serviu de base para o Código Civil da República Argentina. Quanto à *Consolidação*, seu mérito histórico é realçado pela visão da visceral repulsa ao escravismo manifestada pelo autor.

- *Curso de Direito Civil brasileiro*, de Antonio Joaquim Ribas, que, como dito acima, prefaciou *A Propriedade*, de José de Alencar. No prefácio da 2ª edição do *Curso de Direito Civil* (1880), Ribas disse, em palavras que condizem com o objetivo da coleção *História do Direito Brasileiro*, que “Sem o conhecimento [da] teoria [do Direito Civil pátrio] ninguém pode aspirar ao honroso título de jurisconsulto, e nem exercer digna e satisfatoriamente a nobre profissão de advogar ou de julgar”.

- *Direitos de Família e Direito das Coisas*, de Lafayette Rodrigues Pereira, datados respectivamente de 1869 e 1877, ambos adaptados ao Código Civil de 1916 por José Bonifácio de Andrada e Silva. Lafayette foi advogado e jornalista liberal, Ministro da Justiça, Senador, Presidente do Conselho e, *last but not least*, defensor de Machado de Assis contra a crítica feroz de Sílvio Romero. Com graça, dizia, a respeito de seu renome, “Subi montado em dois livrinhos de direito”. São esses “livrinhos” que aqui estão vindo a lume, obras cujo método Lacerda de Almeida – outro nome na lista de autores da coleção – utilizou para a exposição sistemática do direito das obrigações.

- *Direito das Coisas*, de Clóvis Beviláqua, permitirá aos estudiosos hodiernos familiarizar-se com um gigante da literatura jurídica nacional, autor, a convite do Presidente Epitácio Pessoa, do projeto do Código Civil brasileiro. Modernizador, expressou no projeto sua revolta contra a vetustez do Direito Civil vigente no Brasil.

- *Instituições de Direito Civil brasileiro, oferecidas, dedicadas e consagradas a Sua Majestade Imperial o Senhor Dom Pedro II*, por Lourenço Trigo de Loureiro, nascido em Portugal (Vizeu) e formado em Olinda, onde mais tarde ocupou a cátedra de direito civil; teve cargos



políticos, foi professor de francês e tradutor de literatura francesa, inclusive do teatro de Racine. Seu livro, datado de 1850, constitui valioso elemento para aquilatar o cenário contra o qual, meio século depois, Beviláqua expressaria sua revolta.

- *Obrigações: exposição systematica desta parte do Direito Civil patrio segundo o methodo dos "Direitos de Família" e "Direito das Cousas" do Conselheiro Lafayette Rodrigues Pereira*, de Francisco de Paula Lacerda de Almeida. Publicado em 1897, é um dos muitos livros sobre temas de direito civil deixados por Lacerda de Almeida.

- *Direitos Autorais: seu conceito, sua prática e respectivas garantias em face das Convenções Internacionais, da legislação federal e da jurisprudência dos tribunais*, de autoria de Pedro Orlando. Autor de obras sobre direito comercial, questões trabalhistas e fiscais, Orlando é também autor do *Novíssimo Dicionário Jurídico Brasileiro*.

- *Nota Promissória – estudos da lei, da doutrina e da jurisprudência cambial brasileira*, por Antônio Magarinos Tôrres. Advogado, catedrático e vice-diretor da Escola Superior de Comércio do Rio de Janeiro, juiz e presidente do Tribunal do Júri da então capital do país. Prolífico autor, escreveu sobre direito comercial, fiscal, penal e finanças.

Os dez livros dedicados ao Direito Penal incluem:

- *Tratado de Direito Penal alemão, prefácio e tradução de José Hygino Duarte Pereira*, de Franz von Liszt, jurista alemão, catedrático da Universidade de Berlim. A par, por si só, do elevado conceito do *Tratado*, quisemos, com a publicação, destacar o alto valor do prefácio de José Hygino, de indispensável leitura, que, por isso mesmo, ajusta-se à finalidade da coleção a respeito da história do direito brasileiro.

- *Lições de Direito Criminal*, de Braz Florentino Henriques de Souza, autor de trabalhos sobre Direito Civil e Criminal, designado membro da comissão encarregada de rever o Código Civil em 1865. *Lições de Direito Criminal* data de 1860.

- *Anotações theoricas e praticas ao Codigo Criminal*, de Thomaz Alves Junior. Crítico do Código Penal de 1830, que considerava prolixo e casuístico, Thomaz Alves o analisa detidamente, historiando sua apresentação, discussão e aprovação. Desse modo, as *Anotações* iluminam os leitores do século XXI quanto ao pensamento dos legisladores brasileiros do Império e constituem leitura complementar à obra de Braz Florentino.

- *Menores e loucos em Direito Criminal e Estudos de Direito*, de Tobias Barreto. Conhecido por sua poesia, Barreto era talvez mais jurista que poeta. Formou-se na Faculdade de Direito do Recife, da qual foi depois catedrático, tendo entre seus discípulos Clóvis Beviláqua, Graça Aranha e Sílvio Romero. Fizeram parte da denominada “Escola do Recife”, que marcou o pensamento brasileiro (a propósito, entre outras, de Nelson Saldanha, *A Escola do Recife*, 1976 e 1978, e, de Miguel Reale, *O Culturalismo da Escola do Recife*, de 1956). Tobias foi um inovador; lutou incessantemente contra a estreiteza do ambiente cultural então imperante no Brasil.

- *Código Criminal do Império do Brasil anotado*, por Antonio Luiz Ferreira Tinôco. O Código do Império, reconhecido como “obra legislativa realmente honrosa para a cultura jurídica nacional” (Aníbal Bruno), filiava-se à corrente dos criadores do Direito Penal liberal (entre eles, Romagnoni e Bentham); admiravam-lhe a clareza e a concisão, entre tantos outros juristas, Vicente de Azevedo e Jiménez de Asúa, por exemplo. “Independente e autônomo, efetivamente nacional e próprio” (Edgard Costa), foi o inspirador do Código Penal espanhol de 1848 (Basileu Garcia e Frederico Marques). Acolheu a pena de morte, é certo, mas D. Pedro II passou a comutá-la em galés perpétuas após a ocorrência de um erro judiciário, ao que se conta. Segundo Hamilton Carvalhido, a obra de Tinôco “nos garante uma segura visão da realidade penal no último quartel do século XIX”.

- *Código Penal commentado, theoretica e praticamente*, de João Vieira de Araujo. Abolida a escravidão, Nabuco apresentou projeto, que nem chegou a ser discutido, para autorizar a adaptação das leis penais à nova situação. Sobreveio, logo após, o Código Penal de 1890, cuja elaboração fora cometida ao Conselheiro Baptista Pereira. O Código receberia várias críticas. Em 1893, Vieira de Araújo apresentou à Câmara dos Deputados projeto de um Código, sem êxito; logo depois, apresentava outro esboço, também sem sucesso.

- *Código Penal da Republica dos Estados Unidos do Brasil*, por Oscar de Macedo Soares. Diplomado em Direito pela Faculdade do Largo São Francisco, foi jornalista, secretário das províncias de Alagoas e Ceará, político conservador, advogado e autor de várias obras de Direito.

- *Direito Penal brasileiro segundo o Código Penal mandado executar pelo Decr. N. 847 de 11 de outubro de 1890 e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência*, de Galdino

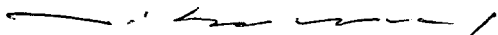


Siqueira. Desembargador do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e autor de livros sobre Direito Penal, em 1930 Siqueira foi incumbido pelo Ministro da Justiça e Negócios Interiores de redigir um anteprojeto de Código de Processo Civil. Em 1917 tinha participado, pela acusação, no julgamento do assassinato de Pinheiro Machado.

- *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil comentado*, de Antonio José da Costa e Silva, livro que antecedeu a preparação, em 1938, do projeto de Código Criminal encomendado por Francisco Campos a Alcântara Machado. Costa e Silva participou da comissão revisora do projeto, a qual contava com luminares como Nelson Hungria e Roberto Lyra e cujo resultado foi o Código Penal de 1940.

O leitor pode compreender, em face do que precede, a relevância da iniciativa tomada conjuntamente pelo Senado Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

Como país jovem, na afoiteza de perseguir os objetivos de progresso e desenvolvimento, às vezes nos temos descuidado do passado cultural, sacrificando-o erradamente, ao confundir o que é antigo com o que é obsoleto. Almejo que a publicação da *História do Direito Brasileiro* concorra para remediar ótica tão equivocada, porque, nas palavras de Ginoulhiac em sua *Histoire générale du droit français*, "Ce n'est pas seulement dans la suite des faits, des événements, que consiste l'histoire d'un peuple; mais encore, mais surtout, dans le développement de ses institutions et de ses lois."



Ministro Nilson Naves
Presidente do Superior Tribunal de Justiça



Nota do Editor

O Superior Tribunal de Justiça e o Senado Federal estão reeditando alguns dos títulos essenciais da literatura jurídica brasileira. A Coleção *História do Direito Brasileiro*, com títulos de direito civil e penal, deverá ocupar um lugar importante nas bibliotecas de magistrados, advogados e estudiosos de direito.

Esta coleção se insere no programa editorial do Senado, que se destina ao desenvolvimento da cultura, à preservação de nosso patrimônio histórico e à aproximação do cidadão com o poder legislativo.



Senador José Sarney
Presidente do Conselho Editorial do Senado Federal



Prefácio

I

O jurista Clóvis Beviláqua é uma das grandes permanências culturais do Brasil e a história da sua vida e das suas idéias e obras abrange um fecundíssimo período da vida nacional, que se desdobra até quase a primeira metade do século XX, pois esse eminente brasileiro faleceu em 1944.

Se é exato dizer que os indivíduos são, em larga escala e medida, frutos das suas próprias circunstâncias, na conhecida e sempre lembrada observação de Ortega y Gasset, será sempre necessário saber-se o mais possível acerca das suas histórias pessoais e familiares, onde certamente se acham incrustadas as sementes da explicação de muitos dos seus comportamentos e atitudes, pelo menos daqueles que são os fundamentais de suas condutas na vida.

No caso de Clóvis Beviláqua, essas circunstâncias lhe são bem próximas, pois as pesquisas da sua ancestralidade familiar oferecem dados mais ou menos confiáveis somente até a geração dos seus avós; embora este seja um recuo bastante pequeno, do ponto de vista da organização da sua genealogia, permite compreender com relativa clareza certos aspectos da vida retraída e *ostensivamente modesta* que ele se impôs, o que lhe valeu, ainda no curso da sua existência, a fama de asceta que carregou até o fim, aos 85 anos de idade.

Foi em Vila Viçosa Real da América, no Ceará, que Clóvis Beviláqua veio ao mundo em 4 de outubro de 1859, sendo o segundo filho do Padre José Beviláqua, Vigário da Paróquia, em pleno exercício das funções sacerdotais, e de Maria Martiniana de Jesus; aos 10 anos de idade foi mandado à cidade de Sobral para estudar, onde permaneceu por apenas 2 anos, pois em 1871, com 12 anos, foi para Fortaleza, onde inicialmente se matriculou no educandário Atheneu Cearense, sendo logo transferido para o Liceu do Ceará, onde iniciou amizades para a vida inteira com figuras que seriam exponenciais na vida cultural da Província e do Brasil, como Capistrano de Abreu, o historiador mais



original, e o poeta Paula Ney, autor do belo *poema de amor à Fortaleza*, onde a chama, com toda propriedade, de *a loura desposada do sol*.

Em 1876, com 17 para 18 anos de idade, mudou-se para o Rio de Janeiro, inicialmente matriculando-se no Externato Jasper, mas se passando logo depois para o Mosteiro de São Bento, por influência do Vigário Beviláqua, seu pai, que provavelmente o desejava na carreira eclesiástica, como era comum, àquela época.

No Rio de Janeiro, também estudando e freqüentando os *preparatórios jurídicos*, reencontra o amigo Paula Ney e, juntamente com ele e o colega Silva Jardim (que depois seria republicano exaltado e vítima de morte trágica), funda o jornal acadêmico *Labarum Literário*, em cuja denominação se denota tanto a propensão para as letras, como a influência do idioma latino, também denotador desse mesmo rumo literário, de influência paterna.

Na apresentação do primeiro número, é Clóvis Beviláqua quem escreve o que hoje se chamaria de *editorial*, lançando idéias que, se não eram de todo originais, eram, sem dúvida, surpreendentes num rapazinho de cerca de 18 anos, recém-chegado da Província do Ceará; dizia então o jovem Clóvis:

O Século XIX, nascido de uma revolução, somente de evoluções gigantescas pode viver. Nas lufadas infrenes das tempestades de noventa e três, que lá rolavam assolando o velho mundo, baquearam as instituições gangrenadas e vetustas, as crenças carcomidas e polutas, ao ápice do pedestal, que lhes ergueram povos adormecidos, quase mortos, entorpecidos e acobardados pelo fanatismo e pelo servilismo. Precipitou-se o furor da procela sobre a França — cabeça do mundo — fez em pedaços o trono de Luiz XVI, guilhotinou culpados e inocentes, saciou-se em sangue, porém ainda deixou o suficiente para redimir o mundo. (...). Então das ruínas de um século, outro, pululando de seiva, surgiu banhado em luzes de crenças novas de novo ideal! (...). As idéias nos crâneos de moços não podem, por muito tempo, ficar acrisoladas, necessitam de expandir-se, de ostentar-se aos olhos do mundo, esforçamo-nos para, no menor espaço de tempo possível, fazê-la real e patente. Eis porque aparece hoje à luz da publicidade mais um campeão da liça literária e jornalística. (...). Pugnamos pela liberdade, porque queremos o plebeu hombreado com o nobre, o rei em comunhão com o povo. (...). Batalhamos pelo progresso, porque queremos o aperfeiçoamento da

sociedade e a difusão da instrução em todas as classes. Lutamos pelo porvir, porque o porvir é a glória e a perfectibilidade; porque ele é a esperança da humanidade, e essa esperança é a sua vida.

Vê-se dessas palavras que o jovem Clóvis era fortemente tocado pela preocupação filosófica, como aliás veio a revelar nos anos subsequentes da sua vida acadêmica, pois só penetrou mais profundamente nos estudos da Ciência Jurídica praticamente depois de formado na Faculdade de Direito do Recife, em 1882, tendo ingressado quatro anos antes, sendo dominante a figura do sergipano mais ilustre, o Professor Tobias Barreto de Meneses, o qual influenciaria fortemente a sua formação jurídica, onde também cintilavam outras estrelas de primeira grandeza, como Sílvio Romero, Graça Aranha e Martins Júnior, isso sem falar nas impressionantes aparições de Castro Alves, no Teatro de Santa Izabel, no centro da grande metrópole.

Recife já era uma cidade cosmopolita, regurgitando de gente, mesclada de todas as cores das raças humanas, com altas casas senhoriais, homens e mulheres elegantes, vestidos à moda européia, grandes ruas calçadas, belas, suntuosas e ricas igrejas, irmandades, clérigos, padres e frades, juristas da maior expressão e, acima de tudo, um justo orgulho do seu amor à liberdade, dos seus heróis passados e mais recentes, o que levou Tobias Barreto a dizer, referindo-se à cidade, *tu tens nas unhas de pedra, cabelo e trapo holandês.*

A Faculdade de Direito do Recife já era, nesse tempo, o que se chamaria de *referência nacional*, rivalizando com a de São Paulo e agrupando uma constelação de grandes nomes do Direito, da Filosofia e da Sociologia, formando a famosa *Escola do Recife*, com definido pensamento jurídico e ideologia política.

Os intelectuais e estudantes agrupados na *Escola do Recife*, sob a liderança e a influência de Tobias Barreto, marcariam uma fase importante do desenvolvimento da Ciência Jurídica no Brasil, como também o das outras ciências sociais, notadamente a Sociologia, na perspectiva *comteana*, segundo relato do eminente Professor Nelson Saldanha.

Formado Bacharel em Direito, regressa Clóvis à província natal, onde participou de dissenso com o seu Presidente, Doutor Domingos Antonio Raiol, ao pleitear o cargo de Promotor Público de Aquiraz, sendo-lhe negado o pedido, sob o fundamento de que se achava ocupado e não

havia, do ponto de vista do Presidente, razão alguma para dispensar o servidor que se vinha portando com desempenho satisfatório.

É possível que Clóvis, no entanto, tenha se sentido fortemente vulnerado no seu direito e, tendo bem presente a lição de Rudolph von Ihering (então na maior voga nos meios acadêmicos), segundo a qual *é um dever resistir à injustiça ultrajante que chega a provocar a própria pessoa*, insiste junto ao Governo em ser nomeado para a Promotoria Pública de Aquiraz, provocando um verdadeiro confronto com a administração provincial.

Alega em prol da sua pretensão que a Lei 261, de 03.12.1841, lhe conferiria esse *privilegio*, já que estabelecia *preferência em favor dos Bacharéis formados, para preencher os cargos de Promotor de Justiça*, e o ocupante do cargo em Aquiraz não preenchia esse requisito.

De qualquer sorte, não logrou Clóvis Beviláqua obter o desejado posto de Promotor de Justiça de Aquiraz nem aceitou outro que lhe ofereceu o Presidente da Província, ou seja, o cargo de Promotor de Justiça de Maria Pereira (antigo nome do atual município de Mombaça), que foi prontamente rejeitado.

Recusando o cargo que lhe foi oferecido, não poupou o Presidente de fortes ataques pela imprensa da Província, *criticando de forma veemente o que entendia ser uma injustiça contra o seu direito e um menoscabo com a qualidade do serviço público, preferindo manter no cargo um Promotor leigo, quando um bacharel formado postulava o seu exercício, com amparo em norma legal*.

O episódio parece não ter ficado esquecido na memória do notável jurista, pois anos à frente, quando se dedicou a escrever a *História da Faculdade de Direito do Recife*, apenas refere o nome de Domingos Antonio Raiol como um dos formandos da Turma de 1854, não mencionando nada além, apesar do Barão de Guajará ter sido notável no seu tempo como escritor de obras historiográficas de reconhecido valor, chegando a ser Presidente de duas Províncias do Império (Ceará e São Paulo).

Talvez decepcionado com esse revés ou *porque fosse o seu destino*, o certo é que Clóvis Beviláqua logo se despediu da sua terra e tomou outros rumos, começando a palmilhar a estrada que o transformaria no notável jurista e respeitado pensador que chegou a ser.

Parece que estava escrito que Clóvis Beviláqua haveria de ser mesmo Promotor de Justiça, pois, não tendo logrado esse intento na sua terra natal, viria a alcançar esse objetivo nas terras da Província do Maranhão,

cujo Presidente, o Bacharel José Manoel de Freitas, o nomeou para esse posto em Alcântara; a explicação que se dá para esse fato é a de que, ainda nos tempos de estudante, no Recife, Clóvis se tornara muito amigo de José Alfredo de Freitas, filho do Presidente, perante quem teria exercido influência em favor do colega, para obtenção do cargo.

Outro detalhe importante é o de que o Doutor José Manoel de Freitas tinha uma filha, Amélia Carolina de Freitas, por quem Clóvis estava apaixonado, de sorte que a nomeação para Alcântara vinha bem a calhar, tanto assim que Clóvis Beviláqua veio realmente a se casar com Amélia Carolina e com ela viveu até o fim da vida.

Também merece destaque que o Doutor José Manoel de Freitas, depois Desembargador, sogro de Clóvis Beviláqua, foi pouco tempo depois do casamento da filha nomeado Presidente da Província de Pernambuco, de modo que foi quase um imperativo para Clóvis, depois de casado, retornar às plagas recifenses, de onde haveria de alçar os mais altos vôos da sua vida acadêmica e profissional.

No começo do ano de 1884, Clóvis se demite do cargo de Promotor Público de Alcântara e se desloca para a Cidade do Recife, sendo o sogro o Presidente da Província.

II

Notabilizado como jurista, a dimensão filosófica de Clóvis Beviláqua deixou de aparecer na sua pujança, mas a sua preocupação nesse território da cognição era, antes de tudo, uma real preocupação com o estudo do universo humano, na sua complexa integralidade, e não, como poderia parecer, um esforço para a compreensão de textos filosóficos consagrados ou o repassar histórico das sucessivas fases do próprio pensamento criativo.

Nesse sentido, Clóvis era um filósofo completo, pois utilizava o conhecimento do passado para compreender e projetar os problemas e as soluções dos homens do seu tempo e igualmente dos seus pósteros, nisso tendo produzido obra perene.

A vocação filosófica, assim compreendida, e o seu nunca cessante desejo de estudar e escrever, que nele era uma autêntica vocação, levaram-no a se afastar de algumas atividades importantes e a recusar, em outras ocasiões, funções relevantes, sob o fundamento de que poderiam interferir na realização desse seu aprendizado interminável.

Justamente por isso, tendo sido eleito Deputado Constituinte do Ceará Republicano e também Presidente do Congresso Constituinte do Ceará em 1891, concorrendo decisivamente para a elaboração da Constituição Cearense de 1891, renunciou ao mandato de Deputado, logo nos primeiros dias do ano seguinte.

Alguns anos mais tarde, já no Rio de Janeiro e consagrado como jurista, escritor e filósofo, renunciaria às atividades da Academia Brasileira de Letras, da qual era membro e um dos seus quarenta fundadores, ocupando a cadeira 14, cujo patrono era o seu ilustre conterrâneo Franklin Távora. Clóvis nunca deu explicações para esse seu gesto, apenas comunicando a decisão ao presidente da entidade.

É possível que esse seu desgosto com a ABL tenha resultado da inaceitação da candidatura de dona Amélia de Freitas Beviláqua, sua mulher, a uma cadeira na Casa de Machado de Assis, mas isso é apenas uma hipótese, embora Clóvis tenha publicado, na época, críticas muito fortes aos acadêmicos, o que evidencia que tanto dona Amélia, como ele, eram espíritos avançados para o seu tempo, pois já anteviam o ingresso de uma acadêmica feminina.

Outra abdicação notável feita por Clóvis Beviláqua em favor da sua dedicação aos estudos foi a recusa em assumir uma vaga no Supremo Tribunal Federal, mais uma vez sem explicações minuciosas para o gesto.

É certo dizer que o amadurecimento do espírito de Clóvis, embora tenha sido constante, foi, no entanto, lento, talvez por causa dos seus arroubos contra a escravidão e também, em certas fases, contra a Monarquia, mas sempre sob inspiração política elevada, como naquela famosa passagem em que verberava contra Rui Barbosa, já respeitável no Brasil e no exterior, quando era um jovem de apenas 25 anos.

III

A consagração de Clóvis Beviláqua como o maior jurista do Brasil e, possivelmente, um dos maiores das Américas não veio somente da elaboração do Código Civil, concluída em 1916, após anos de aplicado labor, mas também de outras obras com idêntica densidade jurídica.

Uma revisitação aos antecedentes históricos da idéia da codificação civil, no Brasil, e da elaboração sistemática do Código Civil mostrará que se trata, com efeito, de idéia antiga e por certo se vincula, de algum modo, à própria criação dos cursos jurídicos de Olinda e São Paulo



(1827), ligando-se também a nomes de invulgar expressão na política e no campo do Direito, como Eusébio de Queiroz, Paula Batista, Teixeira de Freitas, Zacarias de Góis e Cândido Mendes de Almeida.

Tanto foi assim, que a Carta Política Imperial, outorgada em 1824, já mandava organizar, o quanto antes, um Código Civil e Criminal, *fundado nas sólidas bases da justiça e equidade* (art. 179, XVIII), o que parecia indicar uma forte preocupação com os postulados jusnaturalistas, então em franca aceitação.

Quase uma vintena de anos depois (1843), na presidência do Instituto dos Advogados Brasileiros, o Bacharel Francisco Gê Acaiaba de Montezuma aderiu à idéia da codificação civil, embora ressaltando não entender que isso fosse fundamental para a consolidação das boas leis.

Pouco depois (1845), o Barão de Penedo (Francisco Inácio de Carvalho Moreira), Bacharel formado na Faculdade de Direito de São Paulo, daria novo impulso a essas idéias, propondo a codificação das leis civis do Brasil, mas foi somente em 1848, com Eusébio de Queiroz no Ministério da Justiça, que a idéia da codificação civil ganhou foros de oficialidade.

Todavia, um pouco antes (1830), foram editados o Código Criminal do Império e o Código Processual Criminal do Império (1832), enquanto somente em 1850 viria o Código Comercial, permanecendo o Processo Civil como se sabe, sob a regência do conhecido Regulamento 737, antecedente mais próximo das leis processuais do País.

A codificação do Direito Civil substantivo foi uma preocupação que teve tenaz persistência durante todo o Segundo Reinado, cabendo registrar as seguintes importantes sínteses, também chamadas de esboços: a de Augusto Teixeira de Freitas (1858), a de José Tomaz Nabuco de Araújo (1873) e a de Joaquim Felício dos Santos; mas esses fecundos trabalhos foram todos abruptamente interrompidos com a implantação da República (1889), somente sendo retomados anos mais tarde, em clima de maior objetividade.

Convém lembrar que naquela época estava em voga o pensamento de Savigny, jurista alemão de grande prestígio, que via na codificação do Direito um *ideal* e uma *vocação* do seu tempo; bem por isso, quase todas as nações vizinhas do Brasil já haviam adotado os seus códigos civis e tal iniciativa era sinal de avanço cultural e de inserção no *espírito do século*.

Pode se criticar que esse *espírito do século* importava também no acolhimento de alguns pressupostos do ideal positivista, refletindo

aqueles mesmos pensamentos que animaram os elaboradores do Código Napoleão (1808), do qual se dizia ter a intenção de *proscrever a exegese*.

O primeiro Governo Provisório da República encarregou o seu Ministro da Justiça Campos Sales de providenciar a elaboração de um ante-projeto de Código Civil para o Brasil, tendo ele convidado o professor Coelho Rodrigues, da Faculdade do Direito do Recife, então Senador, que o consumou, mas terminou sem aceitação pelo Governo do Marechal Floriano Peixoto.

Quando Clóvis Beviláqua escreveu, em 1896, o estudo sobre o problema da codificação do Direito Civil do Brasil, já despontara como jurista e homem de larga cultura e vasto saber, autor de inúmeros livros filosóficos, políticos e jurídicos, tais como: *Estudos de Direito e Economia Política* (1883), *Conceito Antigo e Moderno da Metafísica* (1888), *Lições de Legislação Comparada* (1893), *Direitos das Obrigações, Criminologia e Direito, Direito de Família* (1896), além de outras obras, como: *Juristas Filósofos* (1897) e *Direito das Sucessões* (1898).

Mesmo reconhecendo que a codificação sacrificava a flexibilidade dos costumes, Clóvis entendia que a dureza de formas jurídicas produzia clareza e precisão de idéias, aumentando o nível da segurança jurídica e reduzindo a margem de arbítrio dos depositários do Poder.

Foi graças a esse cabedal que Epitácio Pessoa, guindado a Ministro da Justiça do Governo Campos Sales, convidou, em 1899, o Mestre Clóvis Beviláqua para elaborar um projeto de Código Civil; Clóvis tinha apenas 40 anos e havia no universo de juristas do Brasil nomes de maior projeção como Lafaiete Rodrigues Pereira, Antônio Coelho Rodrigues (elaborador do projeto recusado pelo Governo Floriano Peixoto) e o notável e inexcusável Rui Barbosa.

Sem dúvida, o paraibano Epitácio Pessoa queria mesmo um conterrâneo nordestino para essa tarefa de elaborar o projeto de Código Civil e não lhe foi difícil justificar a escolha do nome de Clóvis Beviláqua, já que reconhecidamente credenciado para a função.

Clóvis começou a trabalhar no projeto do Código em abril de 1899 e o sistematizou dividindo-o em livros, tais como hoje os conhecemos; a imensidão da tarefa era agravada pela oposição de alguns juristas consagrados, como Rui Barbosa, que considerava Clóvis Beviláqua imaturo para uma empresa desse porte e criticava Epitácio Pessoa pela escolha, dizendo que tinha sido um *rasgo do coração* e afirmava, ainda, que faltava a Clóvis *a ciência da língua, a vernaculidade e a casta correção no escrever*.



Não se intimidou Clóvis com isso e elaborou o plano geral do Código da seguinte forma:

1. uma Lei de Introdução;
2. uma Parte Geral;
3. uma Parte Especial, abrangendo esta
 - a) o Direito da Família,
 - b) o Direito das Coisas,
 - c) o Direito das Obrigações e
 - d) o Direito das Sucessões.

Cada qual dessas partes comportaria uma discussão fecunda e isolada, em se levando em conta os aspectos sociais, políticos e econômicos da época, bem como os conflitos de opiniões jurídicas divergentes, a pretexto dos seus dispositivos e da maior ou menor dose de modernidade que o autor do projeto tivesse revelado.

De todo modo, em novembro de 1900, o Presidente Campos Sales envia ao Congresso Nacional o projeto de Código Civil, elaborado por Clóvis Beviláqua e com cuidadosa exposição de motivos do Ministro Epietácio Pessoa.

Mesmo assim, alguns juristas continuaram criticando o trabalho de Clóvis, como Coelho Rodrigues, além de estudos monográficos sobre certos institutos consagrados no projeto.

Na Câmara, formou-se uma comissão de 21 membros para analisar o projeto, tendo ficado a Presidência com José Joaquim Seabra e a Relatoria com Silvio Romero; a discussão do projeto se desenrolou em várias sessões, participando personalidades de destaque e também Tribunais de Justiça e Faculdades de Direito.

Após vencidos os percalços da Câmara o projeto foi encaminhado ao Senado no começo do ano de 1902, onde foi submetido a uma comissão especial em que pontificava Rui Barbosa, que apresentou emenda a quase todos os artigos, fazendo um trabalho paralelo ao projeto, assumindo a feição de um verdadeiro substitutivo.

Somente em 1908, constituiu-se nova comissão para continuar a análise do projeto, separado em partes autônomas e apenas em 1911 é que se deu aprovação em segunda discussão.

Foram muitos os institutos e as disposições do projeto que tiveram de sofrer ajustes para que se obtivesse aprovação, mas a estrutura do projeto de Clóvis Beviláqua foi em geral respeitada.



No fim do ano de 1916 o projeto se converteu em Lei, que entrou em vigor em 1^o de janeiro de 1917.

IV

Ao lado da sua privilegiada posição de autor do Código Civil Brasileiro de 1916, Clóvis Beviláqua desenvolveu ainda intensa atividade como doutrinador e parecerista, integrando com destaque a nobre classe dos Advogados que se agrupava, antes da instituição da Ordem dos Advogados do Brasil, no célebre Instituto dos Advogados Brasileiros, fundado pelo Imperador Dom Pedro II, sendo certo que foi nessa entidade que se geraram ou se desenvolveram muitas idéias políticas, bem como a iniciativa para fundação da OAB.

Os Advogados sempre tiveram, desde o começo da vida nacional, notável importância na discussão dos grandes temas da nacionalidade, sendo essa presença mais forte nos anos finais do Império e nos primeiros da República, quando muitos dos seus quadros ocuparam as mais destacadas posições no Parlamento, nos Gabinetes e Ministérios, não sendo exagero afirmar que essa teria sido a *Era dos Bacharéis*.

No Instituto dos Advogados estava a sede de notáveis discussões e não apenas pela imponente presença do Imperador; eram sempre acesos os debates em torno dos mais importantes temas da época, tais como a abolição da escravatura, a continuidade da Monarquia e outros de índole política, além daqueles de conteúdos mais técnicos, como a reforma constitucional, a adoção de leis para controle dos atos da Administração Pública, a amplitude do *Habeas Corpus*, a necessidade de controle dos atos administrativos lesionadores de direitos e outras tantas inovações, além das discussões em torno do *ideal de codificação das Leis Civis*, assunto que ocupou por largos anos a intelectualidade jurídica do País.

Clóvis Beviláqua foi membro destacado do Instituto dos Advogados e um dos seus maiores - talvez mesmo o maior - incentivador de suas atividades no campo da cultura, inclusive para além do horizonte estritamente jurídico, numa época em que a Presidência da entidade - primeiro com o afamado Bacharel Francisco Gê Acaiaba de Montezuma e, depois, com o ilustre Conselheiro Rui Barbosa - dava especial ênfase e realce às chamadas *questões políticas*.

Essa proeminência a tais assuntos era, dadas as circunstâncias de então, mais do que *plenamente justificável*, pois as ebulições políticas eram de tamanha magnitude que um posicionamento dos Advogados, pela sua entidade máxima, era muito mais do que desejável, era mesmo necessária.

A *Casa de Montezuma*, como era conhecido, então, o glorioso Instituto dos Advogados, em homenagem ao seu Presidente mais dinâmico e operoso, talvez até por ser *criação do Imperador*, foi, nos primeiros dias da República, avessa à nova ordem política, mas foi graças ao trabalho dos seus intelectuais, dentre os quais Clóvis Beviláqua, que os Advogados foram assimilando os ideais republicanos, até a elaboração da Carta de 1891, que consolidou o novo regime.

É compreensível que os Advogados se dividissem entre a lealdade ao Imperador exilado e a ordem política emergente, pois a República, proclamada por um monarquista convicto e confesso (o General Manuel Deodoro da Fonseca), não foi resultante, como se sabe, de um movimento do qual se pudesse dizer que tinha *bases populares*; na verdade, o *Golpe Republicano de 1889*, como alguns historiadores denominam a Proclamação da República, foi conduzido por uma elite de jovens militares nacionalistas e de formação positivista *comteana*.

Clóvis Beviláqua, como já se disse várias vezes, era muito mais do recato doméstico do que da exibição pública, muito mais da intimidade familiar do que das aparições na praça, mas o seu trabalho contínuo, no Instituto dos Advogados, fazendo várias conferências, palestras, discursos e, sobretudo, na cátedra universitária e como Consultor do Ministério das Relações Exteriores, foi de extraordinária relevância.

O reconhecimento ao seu trabalho veio em forma de *agradável encargo*, pois nas comemorações do primeiro centenário do grande Augusto Teixeira de Freitas, o celebrado Jurista do Império, na ocasião dos 73 anos do Instituto dos Advogados (1916), com o Código Civil já promulgado (mas só entrando em vigor em 1917), foi Clóvis Beviláqua o orador oficial da solenidade, sendo Presidente da entidade o sempre atuante Conselheiro Rui Barbosa.

Naquela altura, isso foi um acontecimento de grande e enorme significado, representando a adesão final do Instituto dos Advogados e também do seu Presidente às inovações que Clóvis Beviláqua fizera constar do projeto de Código Civil, agora norma legal recentemente positivada.

Aliás, a importância do Instituto pode ser ainda vista na *consulta* que lhe fez a Câmara dos Deputados, em janeiro de 1901, quando se iniciava a discussão do projeto de Código Civil de Clóvis Beviláqua, a respeito do seu merecimento, tendo sido constituída uma comissão de ilustres Advogados, todos de altíssimo gabarito, entre os quais o combativo Bulhões Carvalho e o douto Amaro Cavalcante, que seria Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Na sessão solene fez Clóvis Beviláqua um longo e erudito pronunciamento, sob os aplausos dos Advogados do Brasil, assinalando as excelências da codificação do Direito Civil, a sua inafastável necessidade, a oportunidade em que isso se completou no País e o índice de desenvolvimento cultural que implicava, inclusive por favorecer o florescimento do estudo do Direito Positivo, bases científicas.

Foi grande o entusiasmo, ao ponto de Rui Barbosa, sempre azedo em relação *ao tal Clóvis*, haver afirmado que se tratava *do maior civilista vivo*, evitando com cuidado, segundo as más línguas e os intrigantes de então, empregar a expressão *o maior jurisconsulto vivo*, que o notável Rui reservava, merecidamente, para si próprio.

Ainda na intimidade do Instituto dos Advogados do Brasil, Clóvis viria a proferir, em 11 de agosto de 1927, nas comemorações do centenário dos Cursos Jurídicos, uma das suas mais brilhantes conferências, em presença do Doutor Wenceslau Braz, Presidente da República, dos Ministros Carlos Maximiliano, da Justiça, e Lauro Muller, das Relações Exteriores, abordando com exuberante precisão a *evolução do Direito Constitucional, da família e da propriedade, no Brasil, durante a centúria 1827/1927*.

Outras oportunidades teria Clóvis Beviláqua de engrandecer o Instituto dos Advogados Brasileiros, como em maio de 1929, quando pronunciou a sua célebre conferência sobre o *Direito Subjetivo*, tema no qual soube explicar os postulados positivistas do Direito Privado, como somente um profundo filósofo jurídico o poderia fazer.

Em maio de 1930, Clóvis Beviláqua profere nova conferência no Instituto dos Advogados, sobre o *Conceito de Estado*, tema explosivo, visto que, então, o mundo estava revolucionado pelos ideais socialistas, totalitarismos e divisionismos políticos exacerbados, tendo Clóvis assentado, em meio a essa forte turbulência, os permanentes ideais de liberdade sob a lei, em ambiente democrático essencial.

Clóvis Beviláqua era um *fiel crente* na forma do Direito e o entendia primeiramente na sua versão legislada, fiado, como todo positivista-filósofo, na excelência da produção normativa, que deveria absorver as permanências da sociedade e formulá-las *por escrito*, assim realçando a sua função de estabilizar, tornando certas e seguras, as relações da vida humana.

V

A Academia Brasileira de Letras foi fundada em 1896 sob a inspirada iniciativa do romancista Joaquim Maria Machado de Assis, congregando 40 (quarenta) das mais ilustres personalidades da vida intelectual brasileira, entre as quais figurava Clóvis Beviláqua, que ocupou a cadeira 14, tendo por patrono o cearense João Franklin da Silveira Távora.

Na época da fundação da Academia, Clóvis ainda era professor na Faculdade de Direito do Recife, daí porque a escolha do seu nome para esse destacado lugar, conduzida por especial rigor pelo próprio Machado, revelava o acatamento nacional de que já desfrutava, bem como o reconhecimento do seu talento e de notáveis qualidades de pensador e filósofo.

A participação de Clóvis Beviláqua na Academia Brasileira de Letras não foi sempre das mais entusiasmadas, isso sem embargo da sua particular admiração que sempre manteve, até o fim, pela *Casa de Machado de Assis*, como era conhecida a ABL, bem como da fraternal e longa amizade que manteve com muitos de seus membros e os maiores intelectuais da época, como Sílvio Romero, José Veríssimo de Matos e Rodrigo Otávio.

Alguns autores referem que o seu afastamento da Academia se deveu à sua vocação para os estudos solitários, ao seu temperamento reservado e mesmo tímido, que preferia o ambiente doméstico a qualquer outro onde houvesse bulício e exposição, sendo certo que aceitou participar da sua fundação em face da admiração que sempre teve por Machado de Assis, mas não porque buscasse a glória da imortalidade.

Entretanto, alvitram outros que o seu desgosto com a ABL se deveu ao fato de não ter conseguido sequer a candidatura da sua esposa, Dona Amélia Carolina de Freitas Beviláqua, àquele sodalício, em virtude de alegada restrição estatutária, mas, na verdade, em razão de comportamento exclusivista dos acadêmicos, em favor dos candidatos

do sexo masculino, repetindo-se o que acontecera com a lembrança do nome da grande intelectual e poetisa Dona Júlia Lopes de Almeida, no momento de fundação da Academia, que foi recusado.

Os contemporâneos do casal registram que Dona Amélia Beviláqua era realmente uma intelectual na mais rigorosa acepção da palavra e não apenas um reflexo da fama jurídica do seu marido, como poderia parecer, de modo que a rejeição de sua candidatura não se orientou certamente por nenhum outro critério, que não seja a discriminação com base no sexo, por parte da ABL.

Aliás, a sua congênera piauiense já admitira nos seus quadros Dona Amélia Beviláqua como festejada escritora, mas nem esse fato serviu para motivar os acadêmicos, que se aferraram ao masculinismo estatutário como *pretexto* para a recusa da postulação da escritora.

Alguns eminentes intelectuais, a exemplo de Félix Pacheco, Spencer Vampré, Carlos Xavier Paes Barreto e Laudelino Freire, este em menor medida, assumiram posição favorável à candidatura de Dona Amélia Beviláqua, rejeitando a tese de que, no seu modelo francês, só se admitiam homens e observando, com ironia, que *a própria Academia era do sexo feminino*.

De nada valeram, contudo, os esforços para que a ABL aceitasse a candidatura de Dona Amélia e isso levou o seu marido Clóvis Beviláqua a publicar, na época, num periódico do Rio de Janeiro, um artigo onde, com sutileza ímpar, indicava que os acadêmicos *não queriam a companhia feminina*.

O que é certo, afinal, a maioria da Academia, superando figuras como Afonso Celso e Fernando de Magalhães, recusou a cogitada candidatura, tendo Gustavo Barroso entendido que a eleição feminina era *perigosa para a Academia*, enquanto Constâncio Alves, se fazendo passar por moderno, entendia que *as mulheres deveriam fundar uma outra academia para a glória das letras, onde os homens não teriam acesso*.

Depois desse episódio, Clóvis Beviláqua realmente silenciou quanto à Academia Brasileira de Letras, que somente viria a abrir as portas ao sexo feminino, muitos anos mais tarde, quando lhe faltou coragem para recusar a candidatura de Rachel de Queiroz, *mas aí já era tarde demais para a maior escritora romântica do Brasil, sem dúvida alguma a mais sensível e completa, pois a poetisa Cecília Meireles já estava morta desde 1964*.

Outras escritoras ilustres, contemporâneas e pósteras de Dona Amélia Beviláqua, como a já referida poetisa Dona Júlia Lopes de

Almeida, também ficaram nos portais da Academia, que as injustiçou do mesmo modo que fez com o *Poeta Negrista* Jorge de Lima, consagrado pela crítica e pela multidão de admiradores, mas que também não teve acesso àquele ilustre colegiado.

É certo que os acadêmicos, alguns sinceramente lamentando o erro em que incorreram, procuraram trazer novamente Clóvis Beviláqua ao seu convívio e para participar das suas atividades, mas o Mestre, certamente entre amargurado e triste, não quis mais se interessar pela ABL, afastando-se definitivamente até mesmo de seus eventos sociais, *embora prosseguisse votando nas eleições de novos acadêmicos.*

VI

A expressão *positivismo* carrega uma conotação (algo pejorativa) de vínculo com o formalismo jurídico, uma certa atitude de desprezo pelos *valores do Direito*, tais a justiça, a equidade ou a legitimidade do quadro normativo posto.

Em Clóvis Beviláqua, entretanto, essa conotação seria completamente falsa, pois no Mestre a *postura positivista* é uma atitude essencialmente filosófica, sobretudo avessa à esterilidade das extrapolações do raciocínio, a que certa feita chamou de *firandulagem metafísica*.

O estudo da história do positivismo no Brasil mostra que em dois pólos intelectuais principais esse pensamento se concentrou: no Recife, na sua Faculdade de Direito, sob a liderança do grande Tobias Barreto de Menezes, onde era mais forte a influência de Herbert Spencer e a vocação para o evolucionismo social, à maneira darwiniana, e no Rio de Janeiro, na Escola de Engenharia, com Benjamim Constant à frente, onde foi mais marcante, sem dúvida alguma, a influência de Auguste Comte.

Como se sabe, seria da Escola de Engenharia Militar do Rio de Janeiro que saíam os corifeus da República, que se representavam nos oficiais militares mais jovens, com fortes pendores para exacerbação nacionalista e para a crença no *progresso inevitável do gênero humano*, num quadro de ordem que hoje se diria *imperativa*; o antimonarquismo militante era outra característica desses positivistas, *que sem nenhuma dúvida foram de importância máxima na formação de muitas gerações de militares e civis.*

A rejeição a Auguste Comte, na Escola do Recife, segundo autorizados analistas da época, se deveu sobretudo ao *sentimento religioso e quase-dogmático* que se infundia em suas principais idéias e Clóvis Beviláqua, *apesar de filho de padre*, não nutria pela metafísica ou pela teologia interesse que sequer rondasse, mesmo por longe que fosse, a sua curiosidade intelectual.

Foi seguindo as pegadas do Mestre Tobias Barreto de Menezes, na Faculdade de Direito do Recife, que Clóvis Beviláqua, depois de se entusiasmar pelos estudos do Direito Positivo, *transitou* por Rudolph von Jhering, que punha em relevo os *dados culturais ou experimentais do Direito*, de certo modo recusando os metafisicísmos improdutivos.

Clóvis Beviláqua tornou-se leitor assíduo dos livros de Jhering, com destaque para *A Luta pelo Direito*, que citava com freqüência, admirando o método de aquisição dos direitos individuais, e *A Finalidade do Direito*, a que dedica grandes e merecidos elogios no seu livro *Juristas Filósofos*.

Em saudação que dirigiu, na ABL, em 1910, ao eminente jurista Pedro Lessa, que foi Ministro do Supremo Tribunal Federal, Clóvis Beviláqua fixou doutrinarmente a cisão entre a metafísica e o empirismo jurídico, quando teve a oportunidade de assinalar a sua rejeição ao tradicional postulado jusnaturalista da aquisição, pelo homem, da idéia de Direito como *algo inato*, aceitando, em contrário, *que este (o Direito) é um fenômeno social (e, portanto, empírico), que lentamente se transforma indefinidamente e se vem consolidando, também aos poucos, laboriosamente*.

Será acertado dizer que Clóvis Beviláqua, por ser de agudíssimo senso filosófico, superou, com antecipação de alguma décadas, esse falso-dilema que durante tanto tempo dividiu a concepção do Direito, esse pseudoproblema que consiste em contrapor o Direito Natural e o Direito Positivo.

O afastamento do Direito Natural *não significa a negação da justiça como valor fundamental do Direito*, nem a exclusão de outros valores como a equidade e a legitimidade, mas importa em valorizar o *sistema jurídico positivo como uma integralidade em si, um ordenamento pleno, capaz de fornecer ao pesquisador de soluções jurídicas para problemas reais os resultados almejados*.

Essa postura de valorização do ordenamento, captando os seus limites e roteiros *vertidos nas normas*, viria a ser o grande facho das invenções jurídicas do século posterior a Clóvis Beviláqua, com soluções

e compreensões que o Mestre intuiu com perfeita lucidez, afirmando, naquela falada saudação a Pedro Lessa, que *repele o apriorismo racionalista de Stammler, que pretende ressuscitar o finado Direito Natural, aceitando o método empírico dos novos tempos que vêm, no Direito, um resultado da cultura, que lhe reflete os vários componentes ideais e materiais.*

Ao acolher os *vários componentes ideais e materiais* do Direito, Clóvis Beviláqua de algum modo recusa a acepção do *direito puro*, escoimado do que pode ser *testado pela experiência ou verificado pela observação*, assim se colocando contra a postura de hiperbolização da norma, que seria tão do agrado de outros positivistas-não filósofos.

Já nos últimos anos de sua vida pública, pois se retiraria para o ócio com dignidade em 1934, teve oportunidade de reafirmar o seu credo jurídico ao agradecer a homenagem que lhe foi prestada por ocasião do seu jubileu, em 1933, afirmando que teve um dia *a pretensão de tracejar a fórmula da evolução jurídica ao afirmar que o direito descreve três ordens de desdobramentos, em sua marcha evolutiva, as quais se unificam, convergindo para o mesmo fim, acrescentando o seguinte:*

"A História mostra que a evolução do Direito se tem efetuado: a) pelo reconhecimento de um número mais avultado de direitos atribuídos a cada pessoa; b) pelo alargamento progressivo das garantias jurídicas que são concedidas a um maior número de pessoas; c) pela segurança, sempre crescente, dos direitos reconhecidos."

Esse método de análise da evolução jurídica pode ser *testado pela experiência ou verificado pela observação*, servindo, ainda, de forma completa, para explicação das implantações positivas de normas processuais, com o que o Mestre pressentia o fenômeno da *constitucionalização do processo* representado pela expansão das garantias e das sobrenormas que lhes dão estabilidade.

Esse o positivismo fecundo, não estéril, calcado em base de sensível percepção filosófica do Direito, que em Clóvis Beviláqua assumiu dimensão total e que hoje faz tanta falta aos esforços de compreensão do *cosmos* jurídico.

No livro *Direito das Coisas*, Clóvis deixou bem nítidas as mais importantes distinções entre os institutos fundamentais desse setor cognitivo do Direito Civil, mergulhando nas suas raízes romanísticas e atualizando, a partir delas, as referências essenciais de conceitos como

posse, propriedade, usufruto, enfiteuse, habitação, uso, penhor, hipoteca, anticrese e outros, em tudo deixando a nota, então marcante, do que se poderia dizer *exclusão da ingerência alheia*, detalhe que não passou à margem da aguda percepção do grande San Thiago Dantas.

O próprio Clóvis, no que respeita à posse, registrava em prol da sua elaboração intelectual, tratar-se *da primeira legislação positiva a consagrar, inteira e francamente, a doutrina de Von Jhering*, que, como se sabe, era a mais nutrida nas fontes romanas; também ficou o Direito Brasileiro lhe devendo o detalhamento esmerilhado da proteção possessória, por meio dos *interdicta*, representativos da concepção do famoso direito de seqüela a assegurar a proteção, a reivindicação e a defesa da *res*, contra quem quer que turbe a sua fruição, em qualquer das possibilidades.

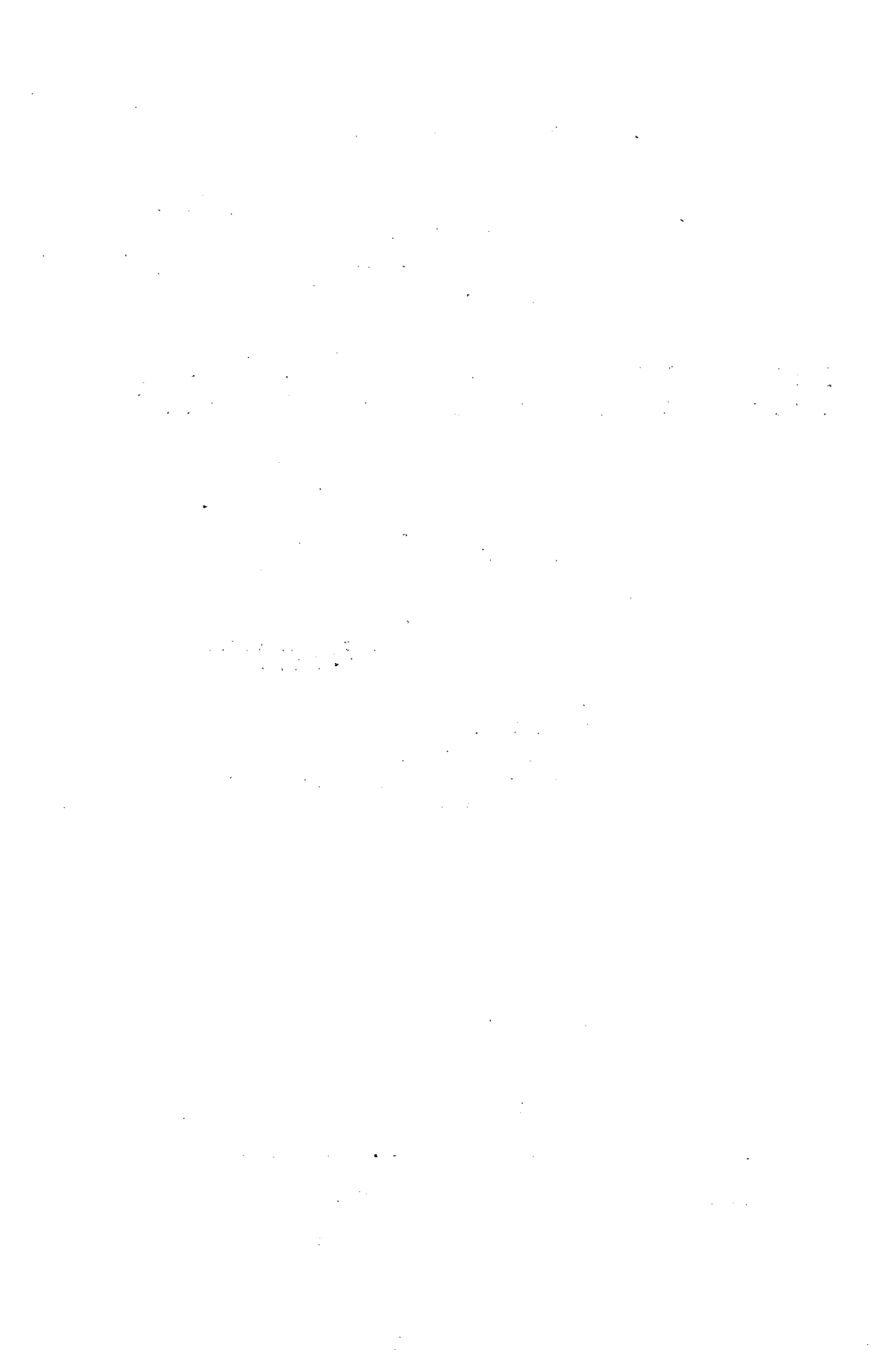
Os modos de aquisição da propriedade também mereceram do mestre teorização acabada e, nesse sentido, a sua doutrina foi conspícua, influenciando forte e diretamente gerações e gerações de juristas brasileiros, bem como profissionais de outras ciências sociais, alguns timbrando em assinalar-lhe *um viés ideológico conservador*; essa crítica, procedente ou não, precisa, porém, levar em conta que o elaborador da teoria positivada no Código Civil refletiu com fidelidade e captou com completude o famoso *espírito do povo*, tanto que se plasmou com estabilidade e definitividade, mesmo que alguém de má vontade possa dizer que isso não representava o povo, mas talvez apenas parte dele, precisamente a elite dirigente da sociedade brasileira, *porém isso seria assunto para outras divagações*.

Ouso afirmar, contudo, que no *Direito das Coisas* de Clóvis Beviláqua não se acham as posições heterodoxas, como as que advogam o chamado *direito alternativo*, que, sem embargo da sua criatividade, detona em nome do *positivismo construtivo*, os valores tradicionais da segurança, da certeza, da estabilidade e da ordem.

Ministro Cesar Asfor Rocha



DIREITO DAS COISAS



OBRAS DO AUTOR

Direito Civil

- CODIGO CIVIL COMENTADO.
- THEORIA GERAL DO DIREITO CIVIL.
- DIREITO DAS OBRIGAÇÕES.
- DIREITO DA FAMILIA.
- DIREITO DAS SUCESSÕES.
- PROJECTO DO CODIGO CIVIL BRASILEIRO.
- L'ÉVOLUTION DU DROIT CIVIL DU BRÉSIL de 1869 a 1919, no livro *Transformations du droit* da Sociedade de Legislação comparada, de Paris.

Direito Penal

- CRIMINOLOGIA E DIREITO.
- PROJECTO DE CODIGO PENAL PARA A ARMADA.

Direito Internacional

- DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO.
- DIREITO PUBLICO INTERNACIONAL.
- PROJET D'ORGANISATION D'UNE COUR PERMANENTE DE JUSTICE INTERNATIONALE.

Philosophia do direito e variedades .

- ESTUDOS DE DIREITO E ECONOMIA POLITICA.
- LINHAS E PERFIS JURIDICOS.
- JURISTAS PHILOSOPHOS.
- ESTUDOS JURIDICOS.
- LITERATURA E DIREITO. Em collaboração com Amelia de Freitas Bevilaçua.
- SOLUÇÕES PRATICAS DE DIREITO.
- OPUSCULOS.

Legislação Comparada

— LIÇÕES DE LEGISLAÇÃO COMPARADA.

Philosophia, Literatura e Historia

- ESBOÇOS E FRAGMENTOS.
- EPOCAS E INDIVIDUALIDADES.
- PHRASES E PHANTASIAS.
- TRAÇOS BIOGRAPHICOS DO DESEMBARGADOR JOSÉ MANOEL DE FREITAS.
- SYLVIO ROMERO (opusculo).
- GUERRAS E TRATADOS. No *Livro do Quarto Centenario do Brasil*.
- HISTORIA DA FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE.
- REVIVENDO O PASSADO (3 pequenos volumes publicados).

Traduções

- HOSPITALIDADE NO PASSADO de R. von Jhering.
- O BRASIL NA LEGISLAÇÃO PENAL COMPARADA. Contribuição de João Vieira de Araujo e tradução de Clovis Bevilacqua.
- JESUS E OS EVANGELHOS, de Jules Soury, com a colaboração de João Freitas e Martins Junior.

NOTA PRELIMINAR

Ainda em Pernambuco, conversando com ADOLPHO CIRNE, notavel organização de professor, que, então regia, com grande competencia, uma das cadeiras de Direito Civil, da Faculdade de Direito do Recife, propoz-me elle: — Vamos escrever o direito das coisas? Achei excellente a idéa, porque o companheiro era um mestre.

Mas a conversa não teve seguimento, e a literatura juridica do paiz ficou privada, para sempre, da contribuição do erudito civilista, que levou, consigo, para o tumulto, o saber, que accumulara.

Ao tentar, sosinho, tantos annos depois, a realização do projecto, o espirito representa, por natural associacionismo de operações mentaes, aspirações, que espontaram naquelle meio intellectual e não tiveram azas para enfrentar o espaço.

Outros collegas, mais tarde, incitaram-me a completar a serie de monographias referentes ás grandes divisões do Direito Civil. A idade desaconselhava-me a empresa, com argumentos de estarrecer. Mas, apesar delles, cedi ás suggestões da sympathia, e o resultado aqui está.

Rio, 1 de Janeiro — 1941.

CLOVIS BEVILAQUA

TITULO I

PRELIMINARES

Direito das Coisas

CAPITULO UNICO

§ 1.º

DIREITO DAS COISAS. CODIGO CIVIL BRASILEIRO.
CODIGOS CIVIS ESTRANGEIROS

I. *Direito das coisas*, na terminologia do Direito Civil, é o complexo de normas reguladoras das relações jurídicas referentes ás coisas susceptíveis de apropriação pelo homem. Taes coisas são, ordinariamente, do mundo physico, porque sobre ellas é que nos é possível exercer poder de dominio. Todavia ha coisas espirituaes, que tambem entram na esphera do direito patrimonial, como é o direito dos autores sobre as suas produções literarias, artisticas ou scientificas.

Por outro lado, nem todas as partes da natureza podem ser objecto de direito patrimonial. Para que sobre as

coisas materiaes possa o homem exercer o seu poder juridico, é necessario que sejam limitadas e estejam ao seu alcance. O limite pode ser determinado, apenas, vagamente, pelo interesse economico; tal é o caso do espaço aereo e do subsolo. As forças naturaes, que, aliás, não occupam logar no espaço, como a electricidade, somente entram na esphera do direito, quando apprehendidas e submittidas á dominação do homem (1).

II. O *Direito das coisas* constitue o segundo livro da Parte especial do Codigó Civil brasileiro. Comprehende: a posse, a propriedade, os seus desmembramentos e modificações, inclusive a propriedade litteraria, scientifica e artistica.

Em doutrina, é esse mesmo o conteúdo do direito das coisas, salvo quanto ao direito autoral, que o nosso Codigó denominou propriedade litteraria, scientifica e artistica, sem attender á evolução desse complexo de normas, que estava a reclamar outra designação mais conforme á natureza das relações juridicas a disciplinar, segundo se verá em logar opportuno. Em regra, o direito autoral é regido por lei especial.

A expressão *direito dos bens* é mais estensa do que *direito das coisas*; por isso é aquella denominação que apparece na Parte Geral do Codigó Civil; por isso não apparece neste livro, que tem os limites do seu objecto: *direito das coisas*.

Em sentido philosophico, *bem* é tudo quanto corresponde, de modo geral, á satisfação dos nossos desejos.

(1) J. KOHLER, *Lehrbuch des buergerlichen Rechts*, II, § 1, II. Mas, accrescenta o juriconsulto que, embora a electricidade tenha localizações transitorias, seria um mal transportar para esse terreno a noção de propriedade, tão differentes são as relações physico-economicas dessa classe em comparação com as referentes ás coisas corporeas.

Para o economista, é o que corresponde á satisfação das necessidades pessoais ou sociais, é o util. Os nossos desejos íntimos, as nossas aspirações puramente moraes, estheticas ou scientificas desenvolvem-se em campo differente do economico e do juridico.

Sem duvida, o bem juridico é, tambem, utilidade, quando é parte componente do patrimonio, que se define como o complexo das relações juridicas de valor economico (2). Mas, além dos bens patrimoniaes, o direito protege interesses de outra categoria, nas relações de ordem moral e na constituição da familia.

III. Os Codigos Civis, que adoptaram para a distribuição das materias por elles reguladas, o modelo francez, não têm um livro consagrado, especialmente, ao direito das coisas. Obedecem á classificação differente. Aquelles, porem, que seguem o systema allemão, destacam as relações juridicas referentes ás coisas num agrupamento systematico, sem, contudo lhe darem o mesmo posto. No Codigo Civil allemão o direito das coisas (*Sachenrecht*) é o terceiro, após a parte geral e o direito das obrigações; no suisso, occupa o quarto livro, depois do direito das pessoas, do direito da familia e das successões, sob a denominação de *direitos reaes* (*droits réels, diritti reali*) ou *direito das coisas* (*Sachenrecht*), segundo as tres linguas nacionais da Suissa; egualmente, no moderno Codigo Civil do Perú, é o quarto livro, que trata *de los derechos reales*; e a Reforma do Codigo Civil argentino consagra o seu quarto livro aos direitos reaes sobre as coisas.

(2) Sobre o conceito de patrimonio, veja-se a *Theoria geral do direito civil*, 2.^a ed., § 28, III.

DA POSSE

TITULO II

Da Posse

CAPITULO I

DA POSSE EM GERAL

§ 2.º

ORIGEM DA POSSE

I. Estado de facto, a posse antecedeu á propriedade, estado de direito, na apprehensão e utilização das coisas do mundo externo, para a satisfação das necessidades do homem. Nos tempos primitivos, não havia organização jurídica; as coisas necessarias á vida precaria, dos rudes especimens da familia humana, estavam ao alcance daquelle que as pudesse colher. Um texto de NERVA conservado por PAULO (D. 41, 2, fr. 1.º, § 1.º) diz: *dominium rerum ex naturali possessione cœpisse*.

Por melhor defenderem o celeiro, que a natureza lhes offerencia para a nutrição, os homens se agruparam e a

posse das coisas utilizaveis apresentou o character collectivo (1). As tribus eram possuidoras das terras, que occupavam e os individuos se utilizavam das coisas nellas existentes, segundo as suas necessidades, mas respeitando os interesses da collectividade, na qual encontravam protecção, e a cujas determinações se submettiam.

II. Segundo NIEBUHR, em sua *Historia romana*, a posse, em Roma, começou a receber defeza juridica, desde que o pretor interveio com a sua acção protectora em favor dos que se haviam fixado no *ager publicus*, por concessão da Republica, e soffriam turbação arbitraria no gozo da mesma. SAVIGNY achou satisfactoria a explicação dada pelo historiador, á origem dos interdictos possessorios, que se foram, ulteriormente desenvolvendo e aperfeçoando (2); e DERNBURG abre o seu estudo sobre a evolução e o conceito da posse juridica do direito romano, affirmando que o direito e a theoria da posse dos romanos teve o seu ponto de partida na posse das terras communs em Roma, como escrevera NIEBUHR e corroboram investigações posteriores de conceituados historiadores (3).

III. O antigo direito germanico apresenta forma especial da posse: a *Gewere*, que ENDEMANN nos diz ser a dominação effectiva de uma coisa, tendo por finalidade o exercicio de um direito real. Não é, propriamente, um direito, e por isso basta a pretensão a um direito real, sem prova rigorosa d'elle. Todavia ella tem character de objectividade e não deve servir de simples meio provisorio de

(1) HERMANN POST, *Grundlagen des Rechts*, p. 322.

(2) SAVIGNY, *Traité de la possession*, trad. H. Staedtler, 3.^a ed., § 12-a.

(3) DERNBURG, *Entwicklung und Begriff des Juristischen Besitz des r. Rechts*, § 1.^o.

protecção. Dá forma sensível ao direito real. E' a vestimenta do direito das coisas (*vestitura*).

SCHULTE explica: a *Gewere* não é um direito particular, mas o facto de exercer um direito sobre uma coisa, podendo estender-se, por influencia do direito canonico, a todos os direitos uteis.

E KOHLER recorda que a *Gewere* ampliou a noção da posse estendendo-a, tambem, a casos em que não ha poder de facto immediato sobre coisa do mundo exterior (4)

§ 3.º

THEORIAS DA POSSE

Ao apresentar o Projecto de Codigo Civil em 1889, escrevi as *Observações para esclarecimento* do mesmo, dizendo, quanto á posse, o seguinte:

“Não ha, certamente, assumpto, em todo o direito privado, que tenha, mais irresistivelmente, captivado a imaginação dos juristas do que o da posse; mas tambem, difficilmente, se encontrará outro, que mais tenazmente, haja resistido á penetração da analyse, ás elucidações da doutrina.

.....

(4) ENDEMANN, *Lehrbuch des buergerlichen Rechts*, II, § 27; SCHULTE, *Histoire du droit et des institutions de l'Allemagne*, trad. M. Fourrier, § 146; KOHLER, *Lehrbuch d. b. Rechts*, II, § 11.

1127 "Dir-se-ia que, nesta região, onde uma certa categoria de direito nos apparece, ainda em via de formação, na obscura transição do caos para o cosmos, a doutrina toma o aspecto do meio, de onde emerge e reflecte sobre os espiritos, apenas, uma luz dubia de crepusculo.

"Nenhuma theoria, diz ENDEMANN (1), apresenta tão grande variedade de opiniões; mas é possível reduzi-las a dois grupos:

a) *Theoria subjectiva*, que se tornou dominante com a obra monumental de SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes* (2), segundo a qual é a vontade de possuir para si que origina a posse juridica, e quem possui por outro é letentor. Assim, o representante não possui, porque *non habet animum possidentis* (D. 41, 2, fr. 1 § 20); o locatario também não possui, pois que *conducenti non sit inimus possessionem adipiscendi*.

b) *Theoria objectiva*, intelligentemente fundada por HERING, principalmente no seu *Besitzwille* (1880), para qual a vontade individual é, de todo inoperante e indifferente (3). É uma regra de direito objectivo, uma disposição de lei, que decide sé temos deante de nós a posse ou a detenção.

A theoria de JHERING foi adoptada por BARON, FLEÜGER, ZOLL, APPLETON, VERMOND e outros.

A doutrina, um momento desorientada pela obra genial de JHERING pensa DUQUESNE (4) que vae, recorrendo animo e se recusa a seguir o sabio romanista, pelas

(1) *Einfuehrung in das Studium d. b. Rechts*, II, § 26, n. 16.

(2) Veja-se adiante o § 4.

(3) Veja-se adiante o § 5.

(4) *Distinction de la possession et de la détention*, Paris, 1898, p. 203.

últimas variedades que elle abraçara. Diverto que, na Alemanha, sobretudo, se travou largo e profundo debate, do qual resultou, porém, o reconhecimento de que se havia dado um valor excessivo ao poder da vontade subjectiva. Em se KARLOWA, KUNTZE, BERKER, DERNEBURG, na Alemanha, CUQ, ADIBERT e o próprio DUQUESNE, na França, e ASCOLI, na Itália, não acceptam a doutrina de JHERING, em sua integridade, estão mais approximados d'elle do que de SAVIGNY.

Expôr-se-ão, resumidamente, estas duas theorias, nos paragraphos seguintes, assim como a de Josef KOHLER, que se afasta de ambas. Outras theorias têm apparecido; mas ou são modificações das apontadas; ou são de valor

semenos. **§ 4.º** THEORIA SUBJECTIVA DE SAVIGNY (1)

Para SAVIGNY, posse é o poder de dispor, physicamente, da coisa com animo de a considerar sua e de defendê-la contra a intervenção de outrem. Quando esse po-

(1) F. C. DE SAVIGNY, *Traité de la possession en droit romain*, trad. de Pallemant par M. Staedler, 2.ª ed., dirigida e anotada pelo prof. Rudorff, Bruxelles, 1879; DERNEBURG, *Direiti reale*, trad. Cicala, Torino, 1907, §§ 169 e 191; o mesmo, *Entwicklung und Begriff des juristischen Besitzes des roemischen Rechts*, Halle, 1883; CUQ, *Les institutions juridiques des romains*, vol. II, Paris, 1902, p. 202 e segs.; RAYMUNDO SALVAT, *Tratado de derecho civil argentino, Derechos reales*, I, Buenos Aires, 1927, ns. 17 e segs.; LAFAYETTE, *Direito das Coisas*, Rio de Janeiro, 1979, vol. I, §§ 2.º e segs.; MAYOS PEIROTO, *Córrpas e animus na posse em direito romano*, Rio de Janeiro, 1956; ASTOLFO REZENDE, *A posse e a sua protecção*, Rio de Janeiro, 1937, 2 vols.; R. D. OLIVARI, *La possession*, Barcelona, 1884.

der tem por fundamento um direito é *jus possidendi*, direito de possuir. Quando, porem, dá origem a direitos, sem se fundar em direito, é *jus possessionis*, é a posse jurídica, protegida pelos interdictos e podendo, pelo usocapião, transformar-se em dominio. Se não tem por fundamento um direito, nem gera direitos, é mera detenção (*nuda detentio*), facto material.

São dois os elementos constitutivos da posse, como forma jurídica especial: o poder physico sobre a coisa (*corpus*) e a intenção de a ter como sua (*animus*) (2). Nem, somente, o poder physico (detenção), nem, exclusivamente, a intenção de ter a coisa como sua, constitue a posse (3).

Nas fontes romanas, encontram-se designações diferentes para a posse: *civilis possessio*, *naturalis possessio*. A posse civil (*civilis possessio*) é a que tem valor juridico e, por isso, conduz ao usocapião e é defendida pelos interdictos. Entretanto a posse, que serve de fundamento aos interdictos, é designada pelo simples vocabulo *possessio*, desacompanhado de qualquer epitheto; de modo que ha duas modalidades de posse jurídica: a civil, que conduz ao usocapião e a posse sem epitheto, que se defende pelos interdictos (4). A posse natural é a que não tem efeitos juridicos. A posse que produz usocapião tambem é defendida pelos interdictos. Mas nem sempre a defendida por interdictos produz usocapião (4-a).

São essas as designações que têm interesse para a doutrina. Outras muitas, como *possessio justa*, *injusta*, *bonae fidei*, *malae fidei possessio*, designam o alcance ou o valor

(2) D. 41, 2, fr. 3, § 1: *Adpiscimur possessionem, corpore et animo.*

(3) D. *ibidem*: *neque per se animo, aut per se corpore.*

(4) SAVIGNY, *op. cit.*, § 7.

(4-a) SAVIGNY, *loco citato.*

da posse; mas não orientam o theorico, em sua construcção.

Ainda que a posse recaia, normalmente, sobre coisas corporeas, as idéas romanas permitem falar, tambem, da *juris quasi possessio*, tendo por objecto os direitos reaes. Haverá, pois, uma posse de coisa incorporea como são esses direitos susceptíveis de posse.

Cumprê esclarecer esta relação. Os direitos susceptíveis de posse são as partes constitutivas da propriedade do dominio: as servidões reaes, as pessoas e a superficie. A posse desses direitos não se refere á coisa corporea e sim ao exercicio do direito. "Assim, por exemplo, o usufructuario não tem, do ponto de vista da propriedade, posse juridica da coisa; sua posse é, simplesmente, natural, e a posse juridica do proprietario não se acha impedida pelo usufructo, como não o seria pelo simples aluguer. Mas o usufructuario tem a posse juridica do seu direito de usufructo, e é a esse titulo que se lhe devem conceder os interdictos" (5).

Adquire-se a posse: a) por um acto physico, a *aprensão* da coisa (*corpus*); b) pela *vontade*, que deve acompanhar esse acto, quer se trate de aquisição originaria, quer da aquisição de posse derivada (*animus*).

A *aprensão* consiste na "possibilidade material de fazer da coisa o que quizermos e afastar della toda acção estranha" (6), sem que haja, sempre e constantemente, necessidade do contacto physico.

(5) SAVIGNY *cit.*, § 12.

(6) A opinião do grande jurisconsulto allemão funda-se em PAULO (D. 41, 2, fr. 1, § 21: *non est enim corpore et tactu necesse apprehendere, sed etiam oculis et affectu*, e dispensa as ficções que outras invocaram para explicar casos de *aprensão* sem contacto physico. *Op. cit.*, § 14 *in fine* e nota 1 á p. 194, da 3.^a ed. belga.

A apreensão do immovel resulta da simples presença do adquirente, se não estava na posse de alguém (*vacua possessio*). Se o immovel já estava na posse de outrem, ou o possuidor será repellido (*dejectio*), occupando o novo adquirente o immovel, ou este ultimo reccherà do anterior a posse da coisa (*traditio*) (7).

A apreensão das coisas moveis se opera pelo facto de a ter o adquirente em sua mão, ou pela simples presença do adquirente nos casos seguintes: a) quando mando entregar a terceiro a coisa que alguém me entrega; a posse jurídica me foi transmittida e eu a passei a terceiro; b) a coisa é collocada na presença do adquirente, de modo que elle possa segural-a em qualquer momento; a coisa acha-se num edificio fechado e entregam-se-lhe as chaves; c) a coisa possuida por outrem é collocada na casa do adquirente por ordem deste (8).

O *animus* consiste na intenção de ter a coisa como propria; é o *animus domini*, que não se deve confundir com a *opinio domini*, a convicção de ser realmente proprietario. A posse, em certos casos, aliena-se, independentemente da propriedade, e então, não é o *animus domini* que se junta á apreensão, mas, simplesmente, o *animus possidendi*.

Ha pessoas, que não podem adquirir posse; taes são: as pessoas civis, o louco, o infante. Não têm vontade apreciavel em direito. Mas podem adquirir posse por meio de seus representantes (9).

Conserva-se a posse emquanto perdura a relação physica entre o possuidor e a coisa possuida, unida á in-

(7) SAVIGNY, *op. cit.*, § 15.

(8) *Idem, op. cit.*, §§ 16 a 19, em que a materia é, largamente, discutida.

(9) SAVIGNY *cit.*, § 21.

tenção de tel-a para si o possuidor. Faltando um desses elementos, desaparece a posse (10).

A posse jurídica é defendida por acções especiaes, todas baseadas num acto lesivo do *jus possessionis*. Os *interdictos retinendae possessionis* defendem a posse contra as turbações; os *recuperandae possessionis* propõem-se a restituir a posse usurpada.

Os *interdicta adipiscendae possessionis* não se prendem á noção de posse; quem os invoca não pretende ter posse actual, nem já ter possuído. Não são, portanto, *interdictos possessorios* (11).

Para SAVIGNY, o fundamento dos *interdictos possessorios* é a inviolabilidade da pessoa e a relação, que se estabelece entre ella e a coisa possuída. E assim é, porque, não sendo a posse um direito, a sua perturbação ou usurpação, propriamente, não violam direito, e sim importam offensa ao possuidor (12).

§ 5.º

THEORIA OBJECTIVA DE JHERING (1)

A theoria do genial professor de Goetinger, que tão profundas e empolgantes paginas insculpiu no *Espírito do direito romano*, nesses estupendo livro, *A finalidade no*

(10) SAVIGNY *cit.*, §§ 29 a 33.

(11) SAVIGNY *cit.*, §§ 34 a 43.

(12) SAVIGNY *cit.*, § 6.

(1) As citações do § anterior, acrescentem-se: RUDOLPH VON JHERING: *Der Besitzwille*, Jena, 1889; *Fondement des interdits possessores*,

direito, na Prehistoria dos indo-europeus e em muitos outros monumentos de intelligencia e saber, foi por elle mesmo resumida nas seguintes palavras: a protecção da posse, como exterioridade da propriedade, é complemento necessario da protecção da propriedade. é facilidade da prova em favor do proprietario, que, necessariamente, beneficia tambem o não proprietario (1-a).

Entre a propriedade e a posse, ha uma correlação extensiva. Os limites da possibilidade para a propriedade são os da posse: posse e propriedade são relações perfeitamente parallellas. Portanto, onde não se concebe a propriedade, seja porque a coisa é inapropriavel, seja porque a pessoa não tem capacidade para ser sujeito desse direito, não é admissivel a posse (2). Mas onde a propriedade é possivel, a posse tambem o é (3).

Se a posse é a exterioridade da propriedade, o criterio da existencia da posse ha de ser o modo pelo qual o

trad. O. Meulenaere, 2.^{me} ed., Paris, 1882; *Du corpus possessionis*, appendice á traducção do Codigo Civil allemão por O. Meulenaere; *Os fundamentos dos interdictos possessorios*, trad. Adherbal de Carvalho, 2.^a ed., Rio de Janeiro, 1908; *Questões de direito civil*, onde vem a *theoria simplificada da posse*, pelo mesmo traductor, Rio de Janeiro, 1899; DUQUESNE, *Distinction de la possession et de la détention*, Paris, 1898; SALEILLES, *De la possession des meubles*, Paris, 1907; ENDEMANN, *Einfuehrung in das Studium des buergerlichen Rechts*, II vol., Berlin 1900, §§ 25 a 46; G. CORNIL, *Traité de la possession dans le droit romain*, Paris, 1905; EDMUNDO LINS, *Estudos juridicos*, Rio de Janeiro, 1935, *Enscio sobre a posse*; SALVAT, *Derecho civil argentino* (Derechos reales), ns. 38 a 40.

Codigos: *Civil allemão*, arts. 854 e segs.; *suisso*, 919 e segs.; *peruano*, 824 e segs..

Vejam-se, ainda: *Reforma del Codigo Civil* (argentino), I, p. 143 e segs., e II, 1.403 e segs..

(1-a) *Fondement des interdits possessoires*, trad. Meulenaere, 1882, p. 42, que corresponde á p. 71 da trad. Adherbal de Carvalho, 2.^a ed.

(2) *Fondement cit.*, p. 129.

(3) *Fondements cit.*, p. 138.

proprietario usa, normalmente, de sua propriedade, o qual varia segundo o destino economico das coisas, de que o homem se serve. Ha coisas que permanecem sob a protecção ou vigilancia pessoal ou real, outras não. O lavrador deixa os seus molhos de feno ou de trigo em pleno campo, o architecto deixa, ao lado das obras, que está construindo, os materiaes a ellas destinados; mas ninguem assim procede com relação aos seus objectos preciosos, aos seus moveis, etc.; todos os conservam dentro de casa. O mesmo estado, que é *normal* para as primeiras dessas coisas, será *anormal* para as outras, porque não é esse o modo pelo qual, habitualmente, se manifesta a exterioridade da propriedade sobre ellas. Assim, a posse deve continuar para as primeiras, quando não haja vigilancia pessoal ou real, e cessar para as segundas. Se encontramos materiaes de construcção junto a obras, sabemos que ha uma relação de vontade de alguém, perfeitamente *visivel*, tendo por objecto aquelles materiaes. Se, porem, é uma joia, que ahi encontramos, tal relação não existe, e prestaremos serviço ao possuidor, levando-a para entregar-lh'a (4).

A posse é visivel, como a não posse "e é, precisamente, essa *visibilidade* que é da mais alta importancia para a sua *segurança*. Com effeito, a segurança da posse não repousa somente no elemento *physico*, isto é, nas medidas de segurança tomadas para defendel-a, mas, tambem, no elemento *moral* ou *juridico*, isto é, no receio de lesar os direitos de outrem, inspirado pelo senso juridico ou pela lei. Se passo junto á armadilha collocada por outrem na floresta, sem me apoderar do tordo ali preso, o motivo, que me retem, não é de natureza *physica*, e sim de natu-

(4) *Fondement des interdits*, p. 143 e segs.; trad. Adherbal de Carvalho, 187 e segs..

reza, puramente, moral: é o respeito da propriedade alheia" (5).

Em conclusão, dizer que a posse das coisas é exterioridade ou visibilidade da propriedade, é resumir, numa phrase, toda a theoria possessoria. Com estas palavras, fecha JHERING o seu livro sobre o *Fundamento dos interdictos possessorios*. E convem recordar que entre esses remedios, include os *adipiscendae possessionis*, que SAVIGNY exclue da esphera da posse.

JHERING, como SAVIGNY, de accordo com os juriconsultos romanos, destaca dois elementos constitutivos da posse: *corpus et animus*. Mas JHERING não vê no *corpus* a apreensão da coisa ou a presença do possuidor. Para elle, pois que a posse é a exterioridade da propriedade, o *corpus* se apresenta como o modo pelo qual o proprietario usa, de facto, de sua propriedade. E ahí se acham unidos os dois elementos, o physico e o moral: o estado de facto exterior e a vontade de se utilizar, economicamente da coisa.

O volume intitulado *Der Besitzwille*, o papel da vontade na posse, destina-se a resolver a duvida que se apresenta deante de um estado exterior de facto, se a relação, é posse ou detenção. E declara: Haverá sempre posse, quando coexistam os dois presupostos, considerados, em geral, necessarios á relação possessoria, a menos que uma determinação de lei, excepcionalmente, declare que se trata de simples detenção (6).

"A theoria objectiva de JHERING, adoptada pelo nosso Codigo Civil, arts. 485 e 487, asserta MATOS PEI-

(5) *Fondement des interdits*, p. 160; trad. Adherbal de Carvalho, p. 232 e 233.

(6) *Der Besitzwille, zugleich eine Kritik der herrschenden juristischen Methode*, Jena, 1889, p. 6 a 8.

XOTO, é, certamente, uma doutrina mais aperfeiçoada e mais simples, pois prescinde de qualquer presumpção em favor do possuidor; mas a instituição da posse, em direito romano não chegou a esse grau de evolução.

Realmente não têm faltado críticas á doutrina de JHERING. E, com referencia á distincção entre posse e detenção, uma das mais impressionantes foi á de DUQUESNE.

DUQUESNE combate JHERING em face da historia e dos textos, e fere, precisamente, um ponto fraco da doutrina do grande jurista pensador, com as armas da erudição e da critica (7).

MATOS PEIXOTO, num livro de excepcional valor, como argucia, elevação de pensamento e investigação, mostra que, historicamente, não é licito dizer que ha parallelismo entre a posse e a propriedade, pois que aquella é anterior a esta, como affirmou NERVA, com apoio nos factos e na logica. Mas é bem certo que esse parallelismo se firmou, desde que a organização social criou a instituição da propriedade.

Vê o romanista brasileiro, aliás como DUQUESNE, contradicção entre o conceito do *corpus* nos *Interdictos* — a maneira pela qual o proprietario trata, habitualmente, de suas coisas, a exterioridade da propriedade — e a affirmacção da *Besitzwille*, p. 324, em que se diz — que seria inverter a relação entre posse e propriedade offerecer por modelo o proprietario ao possuidor, para que este delle saiba como deve possuir; por isso que a posse é anterior e a propriedade posterior, que se comprehende posse sem propriedade, mas não esta sem aquella e outras considerações semelhantes. Mas nessas mesmas paginas, como em outras, JHERING affirmar que a posse constitue “o presupposto de facto da valorização economica da proprieda-

(7) *Distinction de la possession et de la détention en droit romain.*

de" (8), o que vale dizer: a posse é o modo pelo qual o proprietário, habitualmente, se utiliza de suas coisas. Dahi o bem conhecido postulado da propriedade: o direito de possuir (*jus possidendi*). Sem esse direito, a propriedade seria um nome sem sentido.

O pensamento de JHERING, na passagem referida, era mostrar que entre a posse e a detenção não ha, como ensina SAVIGNY, a differença resultante da falta do *animus domini* para a detenção, elemento que ha de existir na posse juridica. Por isso, affirma que se comprehende a posse sem a propriedade; mas dahi não se infere que a posse não seja, normalmente, visibilidade da propriedade. Historicamente, a posse antecede á propriedade; estabelecida esta, porem, a posse é a exterioridade da propriedade. O facto transformou-se em direito. A crysalida fez-se borboleta.

§ 6.º

THEORIA DE KOHLER (1)

JOSEF KOHLER colloca-se em ponto de vista inteiramente differente das escolas, a que alludiram os dois paragraphos anteriores. Sobretudo SAVIGNY parece-lhe ter-se desviado, mais do que outro qualquer jurista, da verdade historica e da lição das fontes. Os escriptos de

(8) Der Besitz bildet die thatsaechliche Voraussetzung der oekonomischen Verwertung des Eigenthums. — *Besitzwille*, 1889, p. 324.

(1) *Lehrbuch des buergerlichen Rechts*, Berlin, II, 1919, §§ 9 a 14; *Vollstreckungsurkunde als Verkersmittel*, p. 11 e seguintes.

BECKER não têm valor e aos de JHERING falta, completamente, espirito philosophico. Apenas PUCHTA teve um pensamento aproveitavel, considerando a posse como direito á propria pessoa. Posse não é direito de personalidade, é relação entre o mundo ambiente e a pessoa. PUCHTA lançou, entretanto, luz sobre o assumpto. Mas a idéa fundamental está em BARTOLO, e é admiravel que depois d'elle pudessem adquirir voga theorias inadequadas como a de SAVIGNY.

Segundo KOHLER, ao lado da ordem juridica, existe a ordem de paz, que, por muitos annos, têm-se confundido, não obstante o direito ser movimento e a paz tranquillidade. A esta ordem da paz pertence a posse, "instituto social, que não se regula pelos principios do direito individualista" (2). "A posse não é instituto individual, é social; não é instituto de ordem juridica e sim da ordem da paz" (3). Mas a ordem juridica protege a ordem da paz, dando acção contra a turbação e a privação da posse.

Possuidor, define KOHLER, *é quem se acha em tal relação com uma coisa, que a ordem da paz se sente ameaçada a assegurar-lhe protecção* (4). Este problema pede

(2) *Lehrbuch* cit., § 9, VII.

(3) *Loco citato*, ns. VIII e IX.

(4) *Op. cit.*, § 11.

A theoria de KOHLER não teve repercussão; mas ENDEMANN, que não o segue, faz observações que se approximam della. Diz elle: A ordem da vida humana *commum* repousa na segurança do estado possessorio. Proteger a paz domestica e nella a paz do povo constitue um dos mais altos deveres a cumprir no interesse da vida *commum*. Por isso, desde a antiguidade, a conservação da paz foi assegurada por preceitos protectores de ordem publica, executados pelo Estado e pela policia (*Lehrbuch des buergerlichen Rechts*, II, Berlin, 1900, § 25). Liga-se, assim, a protecção possessoria ao estado de paz necessario á vida do homem em sociedade. Para elle tambem a posse é phenomeno social. Aliás, em certo sentido, a posse e a propriedade, como o direito, são phenomenos sociaes. O autor, porem, quer assignalar a acção da vida com-

solução social, e esta não é sempre identica: depende da ordem de vida dos povos.

§ 7.º

A THEORIA DA POSSE REFLECTIDA NO CODIGO CIVIL
BRASILEIRO

O Codigo Civil brasileiro adoptou o pensamento de JHERING quanto ao conceito da posse como visibilidade da propriedade, ainda que a sua protecção possa favorecer a quem não é proprietario, nem exerce algum direito real; ou, segundo se lê na *Besitzwille*, a posse "é a relação de facto estabelecida entre a pessoa e a coisa pelo fim de sua utilização economica".

Assim o art. 485 do Codigo Civil brasileiro definiu *possuidor todo aquelle que tem, de facto, o exercicio pleno, ou não, de algum dos poderes inherentes ao dominio ou propriedade*. Na definição do possuidor está incluída, claramente, a da posse, que é o exercicio, de facto, dos poderes constitutivos do dominio, ou propriedade, ou de algum delles somente, isto é, de algum direito real sobre propriedade alheia.

O Codigo reconhece a posse dos direitos reaes; não, porem, a dos pessoas, que não são desmembramento do dominio (1).

mun e da consciencia commum no phenomeno da posse. E os *Motivos* do Codigo Civil allemão declararam que a protecção da posse é concedida a fim de se manter a paz jurídica.

(1) Ver o § 14.

Seguindo a orientação de JHERING, conservou, entretanto, a sua autonomia, o nosso Código Civil e não se encouraçou contra influencias de outras procedencias.

§ 8.º

REPERCUSSÃO DA THEORIA DA POSSE EM OUTRAS LEGISLAÇÕES

Não irá além de poucas indicações este excurso pelas legislações (1), que não passará de pequeno apanhado de preceitos de Codigos modernos.

O Código Civil francez, art. 2.228 preceitua: — Posse é a detenção ou o gozo de uma coisa ou de um direito, que temos ou exercemos por nós mesmos ou por outrem, que a tem ou a exerce em nosso nome.

É noção imprecisa, que não caracteriza, sufficientemente a posse.

O italiano, art. 685, accitandó o mesmo ponto de vista, apresenta forma, pelo menos mais clara e mais correctá: — é a detenção de uma coisa ou o gozo de um direito, que uma pessoa tem por si mesma, ou por meio de outrem, que detenha a coisa ou exerça o direito, em nome della.

O suizzo, art. 919, diz: — “É” possuidor de uma coisa aquelle que a tem, effectivamente. Em materia de

(1) Vejam-se em MATROS PEIXOTO, *Corpus e animus*, caps. III e segs., informações mais extensas.

servidão ou onus territoriaes, a posse consiste no exercicio effectivo do direito”.

E' o poder de facto sobre a coisa corporea, que caracteriza a posse da mesma; e é o exercicio material do direito que constitue a posse da servidão e de outros onus territoriaes. Não se exige o elemento subjectivo da intenção de ter a coisa como propria, ou de exercer a servidão, como se fosse, legitimamente, adquirida. Basta o facto, o poder effectivo.

O suisso recebeu do allemão o conceito da posse das coisas corporeas. — “Adquire-se a posse de uma coisa, preceitua o Código Civil allemão, art. 854, pela obtenção do poder de facto sobre ella”. Esse Código foi publicado em 1896, para entrar em vigor em 1900, e o suisso foi promulgado em 1907. Nesse systema legislativo, a posse reduz-se ao poder de facto, á exterioridade da propriedade. A intenção savignyana foi posta de lado, porque não influe sobre a caracterização da posse, que é mero facto.

O Código Civil portuguez, anterior, de muito, ao allemão, pois é de 1867, considera posse “a retenção ou fruição de qualquer coisa ou direito” (art. 474). Approxima-se do francez, mas substitue a palavra *detenção*, naturalmetne reservada para outra situação, pelo vocabulo *retenção*, e dispensa o elemento psychico, intencional, que o francez traduz pelas explicativas: que temos ou exercemos por nós mesmos ou por outrem.

O argentino, art. 2.351, dissera: “Haverá posse das coisas, quando alguma pessoa, por si ou por outrem, tiver uma coisa em seu poder com intenção de submettel-a ao exercicio de um direito de propriedade”. E' a doutrina savignyana, ainda que, segundo o proprio SARFIELD, de accordo com a definição da 3.ª Partida: “posse é a detenção das coisas corporeas, com o auxilio do corpo e da intelligencia”.

O Projecto de Reforma do Codigo Civil argentino seguiu outra orientação; adoptou a doutrina realista. E define: "Será possuidor quem, de facto, exerça, plenamente, ou não, todas ou alguma das faculdades relativas ao dominio" (art. 1.403).

O novo Codigo Civil do Perú (de 1936) tambem deu preferencia á theoria objectiva. Em seu art. 824, estatuiu: — "E' possuidor o que exerce, de facto, os poderes inherentes á propriedade, ou um ou mais delles".

Deste rapido excurso verifica-se, claramente, que a theoria objectiva alcançou a preferencia dos Codigos Civis mais modernos.

CAPITULO II

DA POSSE NO DIREITO PATRIO

§ 9.º

DA POSSE DIRECTA E INDIRECTA (1)

O Codigo Civil, depois de definir a posse como o *exercício de facto, pleno ou não, de algum dos poderes do dominio ou propriedade* (art. 485), considera o caso especial da relação possessoria, exercida, temporariamente, por uma pessoa, sem prejuizo da posse daquella, por conta de quem, ella possui. Esta segunda tem a posse mediata, ou indirecta: aquella a posse immediata ou directa. São duas posses parallelas, creadas pela necessidade de prover

(1) ASTOLPHO REZENDE, *A posse e a sua protecção*, I, ns. 74 e segs.; TITO FULGENCIO, *Da posse e das acções possessorias*, ns. 15 a 24; ENDEMANN, *Lehrbuch des bürgerlichen Gesetzbuch*, II, sechste Auflage, §§ 30 e 31; *Code Civil allemand*, publié par le Comité de législation étrangère, II, aos arts. 868-871; *Reforma del Codigo Civil argentino*, I, p. 143 e 144. GONDIN NETO combate esta construção, *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, vol. XXXIV, fasc. II, conferencia reproduzida na *Revista Forense*, Janeiro de 1939.

á defeza daquelle que tem a guarda, o uso ou a administração da coisa, ou seja a posse effectiva, e daquelle que tem a posse, temporariamente, privada do seu exercicio, mas existente, na sua subjectividade: posse indirecta, assim denominada porque não recáe, directamente, sobre a coisa, a qual se acha em poder de outrem.

Diz o Código Civil, art. 486: Quando, por força de obrigação ou direito, em casos como o do usufructuario, do credor pignoratício, do locatario, se exerce, temporariamente, a posse directa, não annulla esta ás pessoas, de quem elles a houveram, a posse indirecta" (2).

Esta modalidade especial da relação possessoria pressuppõe:

1.º Um possuidor (proprietario ou não) anterior ou originario, como o denomina o Código Civil suíço, em lingua franceza e italiana, e outro posterior ou derivado.

2.º Que a posse derivada ou directa se funde em um titulo juridico, direito ou obrigação, differentemente da posse mediata, que pode ser mera situação de facto.

(2) *Código Civil allemão*, art. 868: — Se alguém possui uma coisa na qualidade de usufructuario, credor pignoratício, rendeiro, locatario ou por outro titulo analogo, em virtude do qual tenha direito ou obrigação de possuir, temporariamente, em frente a outrem, tambem este outro é possuidor (posse mediata).

Código Civil suíço, art. 890: — Se o possuidor transfere a coisa a um outro, para lhe conferir um direito real limitado, ou um direito pessoal, ambos são possuidores. Quem possui a coisa como proprietario tem a posse originaria, os outros uma posse derivada.

Código Civil peruano, art. 825: — O possuidor temporario em virtude de um direito é possuidor immediato, correspondendo a posse mediata a quem lhe conferiu um direito.

Projeto de Código Civil argentino, art. 1.403: — Quando o possuidor entregar a coisa a um terceiro, para conferir-lhe o direito de usufructo, uso, locação, deposito, ou outro analogo, ambos terão a posse della: o primeiro como possuidor mediato, o segundo como immediato.

3.º Que a posse directa, ou derivada, tenha, por natureza, duração limitada.

Cessando a posse directa ou immediata, o possuidor indirecto, ou mediato, reassume a posse plena, se está em condição de exercel-a.

O art. 486 do Codice Civil menciona, a titulo de exemplo, tres casos de parallelismo da posse, directa e indirecta: o do usufructuario, o do credor pignoraticio e o do locatario.

O *usufructuario* e o *credor pignoraticio* têm a posse necessaria ao exercicio de seus direitos.

O usufructuario detem a coisa para administral-a e della extrair as utilidades e fructos (Codigo Civil, artigo 713). Essa detenção por se fundar em um direito real e ser protegida pelas acções possessorias, é verdadeira posse, mas não posse que conduza, com o decorrer do tempo, ao usocapião. E' uma posse deduzida da propriedade alheia (*posse derivada*), em que a coisa é entregue a esse possuidor (*posse directa*), sem que o nú proprietario se veja privado das acções defensivas de sua posse (*posse indirecta ou mediata*).

O *credor pignoraticio* exerce tambem um direito real sobre a coisa movel empenhada, detendo-a para garantia de um direito pessoal. Sua posse é *directa*, porque se exerce immediatamente sobre a coisa e é defendida pelas acções possessorias. Coexiste, porem, com a posse *indirecta* daquelle que deu a coisa em penhor. O penhor constitue-se pela tradição effectiva da coisa ao credor, ou a quem o represente (art. 768); mas, no penhor rural, o credor não tem a posse da coisa empenhada. Reunem-se no proprietario a posse directa (art. 762) e a indirecta, pois que elle continua na posse que tinha, antes do penhor, e passa tambem a possuir pela *clausula constituti* (art. 769). Bem dispensavel, aliás, era essa referencia á *clausula constituti*, porque o proprietario continua a possuir a coisa apenhada.

O *locatario* exerce, sobre a coisa alugada ou arrendada, poder de uso e gozo, que a lei protege tambem com acções possessórias. Não ha, neste caso, posse de direito, como não ha nos anteriores; ha posse de coisa corporea, movel ou immovel, a directa daquelle que tem o gozo della e indirecta daquelle que lhe conferiu o direito de possuir. O direito é fundamento da posse directa do locatario, não objecto da sua posse.

Identica é a situação de todos que detêm a coisa com fundamento em um direito obrigacional.

O *depositario* e o *encarregado de transporte* não poderiam cumprir, em certos casos, as suas obrigações, se não se lhes reconhecesse a posse com seus attributos defensivos. Os directores de sociedades, o administrador judicial, o testamenteiro universal, o inventariante, o marido na administração dos bens proprios da mulher, o progenitor no exercicio do patrio poder, quanto aos bens do filho, acham-se na situação prevista pelo art. 486 do Codigo Civil, assim como outros ainda, entre os quaes se aponta o *commodatário* (1).

§ 10

DA DETENÇÃO

O art. 487 do Codigo Civil dispõe: *Não é possuidor aquelle que, achando-se em relação de dependencia para com outro, conserva a posse em nome deste, e em cum-*

(1) ENDEMANN, *Lehrbuch des burgerlichen Rechts*, II, § 31; *Code Civil allemand publié par le Comité de lég. étrangère*, II, ao art. 868.

primento de ordens ou instrucções suas. Este é um simples detentor de coisa alheia. O poder, que elle exerce sobre a coisa, pertence a outro, de quem é mero instrumento; a esse pertence a posse.

Não esgota, porem, o conceito de detenção o dispositivo acima transcripto, que teve em vista, principalmente, distinguir a posse directa da detenção de coisa alheia. Na posse directa, o possuidor exerce um poder proprio, fundado em titulo juridico, ao passo que ao detentor de coisa alheia, nenhum poder proprio assiste.

São detentores dessa classe o empregado, que tem sob sua guarda objectos do patrão; o operario a quem o dono da obra ou da officina entrega instrumento para realizar certo serviço; o mandatario, que recebe do mandante algum objecto para entregar a outrem. Confrontem-se essas situações com a do usufructuario, o credor pignoratício, o arrendatario e se tornará patente a differença entre a posse directa destes ultimos e a detenção de coisa alheia, dos primeiros.

Para SAVIGNY, a detenção é o poder material exercido sem a intenção, de a ter como sua, sem o *animus sibi habendi*, equivalente ao *animus domini* (1).

JHERING entende que a vontade nenhuma influencia exerce sobre a situação, para servir de fundamento a distincção entre a posse e a detenção. Segundo a sua theoria, é um dispositivo legal negativo da possibilidade da posse, em determinado caso, que nos dirá que o poder material

(1) SAVIGNY, *Traité de la possession*, § 9; LAFAYETTE, *Direito das Coisas*, I, § 3; MAJOS PEIXOTO, *Corpus e animus*, cap. XIII; SALVAT, *Traçado de derecho civil argentino*, (derechos reales), I, ns. 21 e seguintes e 35 a 40.

sobre a coisa é detenção e não posse. O graphico esclarece o pensamento:

$$a(\text{animus}) + c(\text{corpus}) = \text{posse}$$

$$a + c - n(\text{preceito legal negativo}) = \text{detenção (2)}.$$

Este conceito da detenção na theoria de JHERING tem sido fortemente criticado, e me parece que elle se presta a objecções, ainda quando se substitua, como quer VERMOND, a regra de direito positivo por uma razão de direito, porque, neste ultimo modo de entender, a idéa de detenção seria um tanto imprecisa. Sem duvida, se um preceito de lei ou uma razão de direito contradizem a possibilidade da posse, em determinado caso, a conservação da coisa em poder de alguém será simples detenção. Mas assim é, porque esse estado de facto não constitue o exercicio de um poder inherente ao dominio; é puro facto material de manter a coisa em poder de alguém.

Assim é nos casos previstos no art. 487 do Codigo Civil, em que o detentor conserva a posse em nome de outrem e em cumprimento de ordens ou instrucções d'elle.

Assim é nos casos, em que a coisa, por sua propria natureza juridica, não pode ser possuida, como a de uso commum do povo (Codigo Civil, art. 66, I), ou de uso especial da Administração Publica (66, II).

Assim é, finalmente, em todos os casos, em que o *contacto do homem com a coisa corporea é facto pura-*

(2) JHERING, *Der Besitzwille*, cap. V: *Relação entre a detenção e a posse, segundo as duas theorias*; ENDEMANN, *Lehrbuch*, §§ 26 e segs.. Observa este autor que nenhuma doutrina offerece igual quantidade de opiniões, o que, aliás, acha comprehensivel, porque a theoria da posse é credo de juristas: *die Besitzlehre ist ein juristisches Glaubensbekenntnis* (§ 26, nota 16). Todavia opina que da discussão, travada em grande estylo, resultou a redução do valor excessivo dado ao poder da vontade subjectiva; quer em relação ás fontes romanas, quer em face do direito moderno.

mente material. Nem é exercicio, de facto, de um direito, nem se funda em relação jurídica, nem é também relação de direito. E' situação de facto, que não se defende pelos interdictos possessorios.

§ 11

SE A POSSE É UM FACTO OU UM DIREITO

A posse é manifestação da propriedade. E' o *jus possidendi* pelo qual o proprietario, de modo geral, affirma o seu poder sobre o que é d'elle.

Neste sentido, não ha que indagar se a posse é um facto ou um direito. E' modo por que se exerce o direito de propriedade; é um dos elementos constitutivos desse direito.

Mas, abstrahindo a posse da propriedade, considerando-a em si mesma, isolada da propriedade, é cabivel a indagação. E é sob esse ponto de vista que é considerada a posse neste momento.

SAVIGNY opina que a posse, em seu principio, é um facto, a sua existencia independe de todas as regras do direito; mas por suas consequencias legais, entra na esphera do direito. Tem natureza dupla; é facto e direito (1). E' defendida por acções adequadas e pode ser objecto de contractos. E o grande romanista a classifica entre os direitos pessoases, porque os interdictos possessorios pertencem

(1) *Traité de la possession*, § 5; LAFAYETTE, *Direito das Coisas*, I, § 5.

cem á theoria das obrigações, como acções *ex delicto*, e tendo essas acções por fundamento a posse, sendo esta a condição necessaria para a existencia das referidas acções, é claro que a posse, ou seja o *jus possessionis*, o direito de posse, é pessoal (2).

JHERING, na sua *Theoria simplificada da posse*, discute, largamente, essa questão, sustentando que a posse é um direito, isto é, um interesse legalmente protegido. Ella é a condição da utilização economica da coisa e o direito lhe concede protecção. E', portanto, uma relação juridica, tendo por causa determinante um facto; e o conjuncto dos principios, que a ella se referem, é uma *instituição juridica*. O lugar, que ella occupa no systema juridico, é no direito das coisas, como *instituição* de socorro da propriedade (3).

Assim os dois grandes jurisconsultos, que se occuparam, detidamente, com a theoria da posse, creando escolas, não se distanciam muito, em reconhecer a categoria juridica da posse, embora divirjam na collocação della na distribuição systematica das materias do direito civil: para SAVIGNY, é direito pessoal; para a escola de JHERING, é direito real.

Mas poderá objectar-se: como poderemos classificar a posse como direito, se a definimos o *exercício de facto de algum dos poderes inherentes ao dominio?*

Exercício de facto de um poder é o exercício que não se funda em um direito. A posse, considerada em si mesma, funda-se em um mero facto e se apresenta como estado de facto; mas uma vez firmada, nella a ordem juri-

(2) SAVIGNY, *op cit.*, § 6.

(3) *Questões de direito civil*, traducção de Adherbal de Carvalho, *Theoria simplificada da posse*, caps. VI e VII; EDMUNDO LINS, *Estudos juridicos, Ensaio sobre a posse*, pags. 141 e segs., e 217 e segs..

dica, em atenção á paz social e á personalidade humana, respeita o que ella apparenta ser, reconhece o *jus possessionis*, o direito de posse, que os interdictos defendem. Eis a explicação desta forma especial do direito. E' um interesse, que a lei protege; portanto é um direito.

Não direi que seja um direito real, porque, na systematica do direito civil patrio, não ha outros direitos reaes, além dos declarados no art. 674 do Código Civil; mas, segundo acima se disse, um direito especial, — a *manifestação de um direito real*, seja a propriedade ou um de seus, desmembramentos (4). A posse é estado de facto. Se a lei a protege, é visando a propriedade de que ella é manifestação. Assume, assim, o facto a posição de direito, não, propriamente, a categoria; situação anomala, imposta pela necessidade de manter a paz na vida economico-jurídica, e que se reflecte na particularidade das acções possessórias.

§ 12

DA COMPOSSE

A posse, como a propriedade, é exclusiva, no sentido de que duas ou mais pessoas não podem possuir, simultaneamente e por inteiro, a mesma coisa. Pode, porem, uma coisa indivisa ser possuida em *commum*, seja ou não, no

(4) V. *Código Civil brasileiro. Trabalhos relativos á sua elaboração*, 1907, p. 66.

exercício de um direito (1), como no regimen da communhão de bens, marido e mulher, ou na transmissão da herança, herdeiros, antes da partilha. E' o estado de communhão, que pode ser simples exercício de facto da fruição de uma coisa realizada em *commum*, tendo cada compossuidor uma parte ideal (*jus possessionis*), ou exercício de um direito, que pertença, em *commum*, a diversos (*jus possidendi*).

Os romanos negavam a possibilidade da posse em *commum*, pelo character de exclusividade, que é proprio a essa relação entre a pessoa e a coisa. De uns a negativa é absoluta, como em LABEÃO e PAULO, cuja opinião se acha expressa no seguinte fragmento: *Plures eamdem rem in solidum possidere non possunt. Contra naturam quippe est ut cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris* (2). Outros, como TREBACIO, SABINO e JULIANO admittiam a pluralidade de sujeitos na relação possessoria, mas somente um delles teria *justa possessio*, os outros teriam *injustae possessiones*. SAVIGNY e outros romanistas adoptam a opinião de PAULO, que attende somente á occupação effectiva da coisa, integralmente.

A questão simplifica-se, desde que consideremos que a posse é a justaposição da propriedade sobre a coisa, quando se funda nesse direito, ou é a sua imagem, quando é occupação sem titulo fundado em direito; e que o direito reconhece a propriedade sobre coisa indivisa, cabendo a

(1) *Código Civil*, art. 488; LAFAYETTE, *Direito das coisas*, I, § 7; ASTOLPHO REZENDE, *A posse e a sua protecção*, n. 199 e segs.; RIBAS, *Da posse e das acções possessórias*, tit. I, cap. IV, § 2.º; PACHECO PRATES, *Theoria elementar da posse*, §§ 12 e 13; TITO FULGENCIO, *Posse*, ns. 25 e 30; AZEVEDO MARQUES, *A acção possessoria*, n. 46; ENDEMANN, *Lehrbuch*, § 40; KOHLER, *Lehrbuch*, § 10, 2.ª parte, do segundo volume.

(2) D — 41, 2, fr. 3, § 5. Ver esta materia desenvolvida em SAVIGNY, *Traité de la possession*, § 11, e ASTOLPHO REZENDE, *A posse e a sua protecção*, I, ns. 199 e segs..

cada comproprietario uma parte ideal nella. O que se diz da propriedade applica-se aos seus desmembramentos, que como ella podem ser objecto de posse.

O compossuidor exerce a posse e usa dos interdictos, como possuidor, que é, comtanto que não exclua do mesmo direito de posse os outros compossuidores (3). Pode usar dos interdictos até contra o seu consorte, que o tenha esbulhado ou impedido de exercer a posse. Se o compossuidor não nega ou não repelle a posse do consorte, mas contesta os limites dentro dos quaes este pode usar da coisa, a questão deixa de ser possessoria porque não assenta sobre factio, e sim tem por objecto um direito. Ha de resolver-se no petitorio (4).

§ 13

DO OBJECTO DA POSSE (1)

Dado o parallelismo entre a posse e a propriedade, temos de reconhecer que podem ser objecto da posse todas as coisas, que podem ser objecto de propriedade, e que se excluem da relação possessoria as inapropriaveis.

Assim é que são objecto de posse: a) as coisas corporeas susceptíveis de apropriação; b) as relações juridicas, em que se decompõe a propriedade.

a) Entre as coisas corporeas, se excluem da posse privada: as inapropriaveis por serem de uso inexaurivel,

(3) *Codigo Civil*, art. 488.

(4) *Codigo Civil commentado*, obs. 1, ao art. 488.

(1) ASTOLPHO REZENDE, *op. cit.*, ns. 96 e segs.; LAFAYETTE, *op. cit.*, § 6.

como o ar, a luz, o mar alto; e as coisas publicas, de uso commum ou especial e as dominicaes (2).

Coisas corporeas, do dominio particular, ainda que por lei sejam declaradas inalienaveis, podem ser possuidas, alem do proprietario, por outras pessoas, porque para o uso dellas pode o proprietario alugar-as ou arrendal-as, e aos locatarios ou arrendatarios se reconhece a posse directa. Não se transfere a propriedade nem sobre a coisa inalienavel se constitue direito real; mas a cessão da posse derivada não infringe o estatuto da inalienabilidade. Terceiros, sem direito conferido pelo proprietario de bem inalienavel, não podem estabelecer posse sobre esse bem. O bem inalienavel não está sujeito á usocapião, por isso mesmo que é inalienavel.

A posse das coisas publicas, se communs, cabe, simultaneamente, ao povo, que as desfructa, e ao poder publico federal, estadual ou municipal, que as administra. Das coisas publicas de uso especial e dominicaes, cabe a posse ao poder, que as administra e a que pertencem (3).

b) Também são objeto de posse, as coisas corporeas não utilizadas no conjuncto dos seus elementos constitutivos, e sim em algum delles, correspondendo a posse não ao exercicio, de facto, da propriedade plena, mas, apenas ao exercicio, de facto, de um dos direitos reaes, em que ella se decompõe. E' a posse de direitos, de que se occupará o parographo seguinte.

(2) Codigo Civil, arts. 66 a 69. A lei, entretanto, pode permittir direitos individuaes sobre coisas publicas, ou de modo definitivo, como no caso dos terrenos de marinha, ou a titulo precario, como nas concessões de uso das praias do mar. V. Cod. Civil, art. 69.

(3) Ver em ASTOLPHO REZENDE, *A posse e sua protecção*, I, p. 257 a 264, o estudo da posse sobre coisas collectivas ou universaes (Cod. Civil, art. 54).

§ 14

DA POSSE DOS DIREITOS (1)

Considerando a posse a exterioridade da propriedade, devemos encontrar-a em todos os desmembramentos desta, ou seja em todos os direitos reaes sobre coisa alheia (*jura in re aliena*), excepto a hypotheca, porque, vinculando a coisa ao pagamento da divida, não a colloca, desde logo, sob o poder material do credor.

O direito romano limitava a quasi-posse, apenas, a dois direitos reaes: ás servidões e á superficie (2). Aliás a regra de PAULO era mais rigorosa: *nec possidere intelligitur jus incorporale* (3).

O direito canonico, porem, ampliou essa noção, admitindo que pudesse qualquer direito (4) integrar-se na theoria da posse. E esse modo de ver foi accedido por alguns jurisconsultos, entre os quaes VON JHERING, influenciados, principalmente, pela necessidade de uma defeza pronta contra as violações, como as da posse.

(1) SAVIGNY, *Possession*, §§ 12 e 44-51; JHERING, *Theoria simplificada da posse*, no livro *Questões de direito civil*, traducção de Adherbal de Carvalho; ASTOLPHO REZENDE, *A posse e sua protecção*, I, ns. 119 e segs., e 143 e segs.; EDMUNDO LINS, *Estudos juridicos, Ensaio sobre a posse*, p. 154 e segs.; LINO DE MORAES LEME, *Posse dos direitos pessoaes*; RUY BARBOSA, *Posse dos direitos pessoaes*; RIBAS, *Da posse e das acções possessorias*, p. 92 a 99 e 166 e segs.; SALVAT, *Derecho civil argentino (derechos reales)*, I, ns. 195 e segs.; WINDSCHEID, *Pandette*, I, 2.^a parte, § 163.

(2) SAVIGNY, *Possession*, §§ 12 e 44 a 47; RIBAS, *Da posse e das acções possessorias*, p. 92 a 99. Os romanos denominavam *quasi possessio* a relação juridica semelhante á posse, porem não a identificavam com a verdadeira posse. E', como diz SAVIGNY, expressão impropria, que se emprega na falta de melhor.

(3) D. 41, 3, fr. 4, § 27.

(4) SAVIGNY, *op. cit.*, § 49; JHERING, *Questões de direito civil*, p. 157; *Codex juris canonici*, can. 1693 e segs..

Attendendo a essa necessidade, tinha o direito portuguez das Ordenações a acção de preceito comminatorio, que não era, simplesmente, um interdicto possessorio, pois dizia o velho Codigo Felippino (5): *se alguém se temer de outro, que o queira offender em sua pessoa, ou lhe queira, sem razão, occupar e tomar suas coisas, poderá requerer ao juiz que o segure a elle e as suas coisas do outro; e essa linguagem tem mais amplitude do que comporta a idéa de posse. Mas a intelligencia dada pela jurisprudencia restringiu, em vez de ampliar, o pensamento da lei.*

Já no periodo republicano, criou-se entre nós o *mandado de segurança* (6) que, dentro de certos limites, atende á necessidade apontada.

Discutiu-se por algum tempo se o nosso direito civil, admittindo a posse de direitos, incluia nessa classe os direitos pessoaes.

Ficou, porem, assentado na jurisprudencia, como na doutrina, que somente os direitos reaes, poderiam corresponder ao conceito de posse dado pelo art. 485 do Codigo Civil: *o exercicio, de facto, de algum dos poderes inherentes ao dominio ou propriedade* (7). Os direitos pessoaes não são poderes componentes do dominio ou propriedade; portanto o seu exercicio não pode ser defendido por acções possessorias. Outros são os remedios, que o direito offerece á sua garantia e protecção.

(5) Liv. 3, tit. 68, § 5.

(6) Const. de 1934, art. 113, n. 33; lei n. 191, de 16 de Janeiro de 1936; THEMISTOCLES CAVALCANTI, *Do mandado de segurança*, 2.^a ed. em 1936.

(7) Sobre esta questão, leiam-se: ASTOLPHO REZENDE, *Posse dos direitos pessoaes*, no *Archivo Judiciario*, vol. IV; AZEVEDO MARQUES, *Acção possessoria*, ns. 10-18. Contra: RUY BARBOSA, *Posse dos direitos pessoaes* (anterior ao Codigo Civil) LINO DE MORAES LEME, *Posse dos direitos pessoaes*.

§ 15

DA QUALIFICAÇÃO DA POSSE

A posse pode ser *justa, injusta, violenta, clandestina, precaria, de boa ou de má fé.*

Diz-se que é de *boa fé* a posse cujo possuidor lhe ignora o vicio, ou não tem conhecimento da sua illegitimidade; e de *má fé*, ao contrario, é aquella cujo possuidor conhece a illegitimidade da sua posse, e nella, entretanto, se conserva (1).

Vicio da posse é toda circumstancia que a desvia da legalidade. Mas, em relação á *boa* ou á *má fé* o conhecimento do vicio é de ordem subjectiva, é materia de consciencia. Na maioria dos casos, a posse de *boa fé* será aquella que se funda num titulo inadequado ou nullo, mas julgado efficaz e bom, em *sã* consciencia, pelo possuidor.

“O possuidor com justo titulo tem por si a presumpção da *boa fé*” (2). Aquelle que compra coisa, a quem não é dono, se o sabe, é possuidor de *má fé*, se não sabe, é de *boa fé*. Essa presumpção desaparece ante a prova em contrario. Pode tambem a lei declarar que, em dados casos, apesar do justo titulo da posse, não é admissivel a presumpção de *boa fé* (3).

(1) Codigo Civil, art. 490, cuja redacção, com justiça, foi censurada por AZEVEDO MARQUES (*Trabalhos do Senado*, III, p. 15); SAVIGNY, *Possession*, § 8; TITO FULGENCIO, *Da posse*, p. 35 a 41; ASTOLPHO RIZENDE, *A posse e sua protecção*, ns. 154 e segs.; RIBAS, *Da posse e das acções possessorias*, p. 42-43; LAFAYETTE, *Direito das coisas*, I, § 8; SALEILLES, *De la possession des meubles*, § 125; SALVAT, *Derecho civil argentino* (derechos reales), ns. 59 e segs..

(2) Codigo Civil, art. 490, paragrapho unico.

(3) Codigo Civil, art. 490, § unico.

A bôa fé deve existir desde o momento em que se originou a posse e manter-se emquanto esta perdura. Esse caracter, porem, se perde, desde o momento em que as circumstancias façam presumir que o possuidor não ignora que possui indevidamente (4).

Essas circumstancias podem variar; mas são, em geral, apontadas as seguintes: confissão, do possuidor, de que não tem nem nunca teve titulo; nullidade manifesta deste; o facto de existir, em poder do possuidor, instrumento repugnante á legitimidade da sua posse.

Justa é a posse que não fôr violenta, clandestina ou precaria (5). E' a definição do Codigo Civil, que a recebeu de LAFAYETTE, e é clara e comprehensiva, porque, excluindo os vícios communs da posse, apresenta a relação jurídica em sua pureza, isto é, legitimamente fundada.

Posse violenta é a que se adquire pela força. A violencia empregada pelo possuidor para defender a posse, quando turbada ou para rehavel-a, *in continenti*, do esbulhador, não constitue vicio.

A posse isenta de violencia, no seu inicio e emquanto perdura, denomina-se *mansa, pacifica* ou *tranquilla*, qualidade apreciavel em materia de usocapião.

Posse clandestina é a que se estabelece ás occultas daquelles que têm interesse na existencia della. E', como escreveu ULPIANO, a daquelle que, furtivamente, se introduz na posse, não tendo conhecimento do facto aquelle de quem se suspeitava contestação e se temia não a oppuzesse; noção, que não discrepa da que se attribue a POMPONIO: obtem, clandestinamente, a posse quem, receiando futura controversia, entra, furtivamente, na posse (6).

(4) Codigo Civil, art. 491.

(5) Codigo Civil, art. 489. *Nec vi, nec clam, nec precario.*

(6) D. 41, 2, fr. 6, pr.

A qualidade contraria ao vicio da clandestinidade é a publicidade.

Posse precaria é a que se origina do abuso de confiança, por parte daquelle que recebera a coisa para restituir e se recusa a fazel-o. E' crime previsto na *Consolidação das leis penaes*, art. 331, 2.º, como variedade de furto, se a coisa é movel; é uma apropriação indebita.

Egualmente immoral é a apropriação abusiva de immovel; mas o nosso direito penal positivo, collocando a apropriação indebita entre os casos de furto, o acto punivel é o que tem por objecto coisa movel (7).

O vicio, naturalmente, não está na precariedade da posse. E' perfeitamente licita a concessão da posse de uma coisa, a titulo precario, isto é, para ser restituída, quando o proprietario a reclamar. — O vicio está na recusa da restituição, a que se obrigara o possuidor.

§ 16

DA ACQUIÇÃO DA POSSE (1)

O Codigo Civil, art. 493, enumera os modos pelos quaes se adquire a posse:

- I. Apprehensão da coisa e exercicio do direito;
- II. Disposição da coisa, ou do direito;
- III. Qualquer dos modos de aquisição em geral.

(7) GALDINO SIQUEIRA, *Direito Penal brasileiro*, ao art. 331 do Codigo Penal; BENTO DE FARIA, *Codigo Penal*, ao mesmo artigo.

(1) LAFAYETTE, *Direito das coisas*, I, § 9 e segs.; RIBAS, *Posse e acções possessorias*, p. 101 e segs.; ASTOLPHO REZENDE, *A posse e a sua*

E faz notar (§ unico), pela remissão aos artigos 81 a 85, que a aquisição da posse, sendo acto juridico, pre-suppõe para a sua validade: agente capaz, objecto licito e forma não defeza em lei.

Essa enumeração denota persistencia de idéas da doutrina subjectiva.

A apprehensão da coisa, consiste, como diz o nosso LAFAYETTE, fundado em SAVIGNY, "em todo facto que cria para o adquirente a possibilidade *immediata e actual* de dispor, physicamente, da coisa e de excluir della a acção de terceiros" (§ 10). Esta noção, exacta na theoria subjectiva, para a qual a posse é a detenção da coisa com o animo de tel-a para si, não se conforma com a idéa de posse, expressa no art. 485 do Codigo Civil, que adoptou a theoria objectiva.

Se a posse é o exercicio de facto dos poderes inherentes á propriedade, ou de algum delles, não é o facto gerador do poder physico sobre a coisa que origina a posse, que consiste no modo normal por que o proprietario usa de suas coisas. Em certos casos, o poder physico será modo de possuir; em muitos outros, não terá essa significação; e, em outros tantos, não se poderá exercer sobre a coisa possuida.

Na posse, temos de verificar o facto de sua existencia. Os modos de adquiril-a não offerecem interesse para o direito possessorio. São os mesmos pelos quaes se adquire a propriedade, porque a posse não é mais do que o modo

protecção, I, p. 285 e segs.; TITO FULGENCIO, *Da posse e das acções possessorias*, ns. 41 e segs.; PACHECO PRATES, *Theoria elementar da posse*, §§ 14 e segs.; MELCHIADES PICANÇO, *Direito das coisas*, ao art. 493 do Codigo Civil; JHERING, *Fundamento dos interdictos possessorios*, caps. X e XII; *Theoria simplificada da posse*, caps. VIII e IX; SAVIGNY, *Possession*, §§ 14 e 18; ENDEMANN, *Lehrbuch*, II, §§ 34 e segs.; WINDSCHEID, *Pandectas*, I, §§ 153 e 154; KOHLER, *Lehrbuch*, II, 2.^a parte, § 11; SALVAT, *Derecho civil argentino* (derechos reales), ns. 98-190.

pelo qual a propriedade, normalmente, se manifesta ou se realiza.

Diz o Código, no mesmo inciso I, que a posse do direito se adquire pelo exercício deste; mas o exercício do direito já é posse. Nada adianta essa indicação da lei.

Digamos, pois, que se adquire a posse por qualquer dos modos de aquisição, como doutrina o n. III do artigo 493 do Código Civil, desde que, por esse modo, a coisa entre para a actividade economica do adquirente, que a utilize como o proprietario costuma fazel-o.

A posse pode ser adquirida: a) por acto unilateral; b) por acto bilateral, quando o possuidor a transfere a outrem; c) ou por successão *mortis causa*.

Nos dois primeiros casos, a aquisição poderá ser realizada:

- I. Pela propria pessoa, que a pretende;
- II. Por seu representante ou procurador;
- III. Por terceiro sem mandato, dependendo de ratificação;
- IV. Pelo constituto possessorio (Código Civil, artigo 494).

No ultimo caso, a transmissão da posse do *de cuius* resulta da lei. O herdeiro legitimo ou testamentario recebe a posse do *de cuius*, desde o momento da morte deste, sem acto algum de sua parte (2).

Dispensa qualquer commento a aquisição da posse pelo proprio adquirente, por seu representante, ou por ter-

(2) Código Civil, art. 1572: *Aberta a successão, o dominio e a posse da herança, transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legitimos e testamentarios. Meu Código Civil commentado, VI, ao art. 1.572.*

ceiro. O caso do *constituto possessorio*, ou *clausula constituti*, porem, pede explicação (3).

Constituto possessorio é a operação jurídica, em virtude da qual, aquelle que possuía em seu proprio nome, passa, em seguida, a possuir em nome de outrem. *Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere; nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere et alium possessorem ministerio meo facio* (4).

E' um caso de conversão de posse una e plena, em posse dupla, directa para o antigo possuidor pleno e indirecta para o novo proprietario, tendo por fundamento uma convenção entre as duas partes interessadas.

A *clausula constituti* não se presume; ha de ser expressa, ou resultar, necessariamente, de *clausula* que a presupponha, como quando o vendedor da coisa a retém a titulo de aluguel.

O Codigo Civil allemão admite o constituto possessorio somente para substituir a tradição de coisa movel, mediante relação jurídica, expressamente convencionada entre o proprietario e o adquirente, em virtude da qual este ultimo obtenha a posse mediata (5); e tambem para o mesmo effeito, e com a mesma formalidade, na constituição de usufructo de coisa movel (6). Em todos os outros casos de aquisição de posse provida de protecção,

(3) Vejam-se sobre o constituto possessorio: LAFAYETTE, *Direito das coisas*, § 14; RIBAS, *Da posse e das acções possessórias*, p. 140-146; ASTOLPHO REZENDE, *op. cit.*, I, ns. 130 e 131; TITO FULGENCIO, *Da posse e das acções possessórias*, ns. 65 e 66; JHERING, *Der Besitzwille*, cap. X, 2; ENDEMANN, *Lehrbuch*, II, § 35; SAVIGNY, *Possession*, § 27; WINDSCHEID, *Pandectas*, I, § 155; DERNBURG, *Pandectas*, I, § 181; SALVAT, *op. cit.*, ns. 159-165.

(4) D. 41, 2, fr. 18, pr.

(5) Art. 930; ENDEMANN, *Lehrbuch*, II, § 35.

(6) Art. 1.032; ENDEMANN, *op. cit.*, no mesmo §.

é indispensavel a obtenção do poder effectivo, immediato sobre a coisa (7).

O Codigo Civil argentino, segundo alguns juristas, não consagrou o constituto possessorio, apesar do que preceitua o art. 2. 462, 3.º inciso, referindo-se *ao que transmittiu a propriedade da coisa e se constituiu possuidor em nome do adquirente*. SALVAT, porem, mostra, de modo irrecusavel, que essa instituição foi aceita pelo Codigo de sua patria, assim como consta do Projecto de TEIXEIRA DE FREITAS. Acha, porem, que não basta a simples estipulação de que o alienante se constitue possuidor. São necessarios dois actos: o de alienação, em virtude do qual a posse deve passar ao adquirente, e o constitutivo da relação juridica (locação ou usufructo), em virtude do qual o alienante occupa a coisa alienada (8).

Na França, os autores falam de constituto possessorio, mas a lei a respeito é silenciosa e, como diz TH. HUC, pois que a posse juridica se transmite, hoje, por simples effeito do contracto, não temos que recorrer ás avelhantadas explicações da *brevi manu*, ou de constituto possessorio. Podem ser conservadas essas velhas locuções somente, porque têm a vantagem de indicar, por si mesmas, uma situação complexa, dispensando-nos de mais longa descripção (9).

(7) ENDEMANN, *op. cit.*, o mesmo §; *Code Civil allemand publié par le Comité de législation étrangère*, aos arts. 854, 930 e 1.032.

(8) *Op. cit.*, I, n. 161.

(9) *Commentaire théorique et pratique du Code Civil*, XIV, n. 345, *in fine*. V. mais o n. 77 do vol. X.

§ 17

DA CONSERVAÇÃO, DA TRANSMISSÃO E DA ESTENSAO DA POSSE

I. A posse, uma vez firmada, conserva-se no patrimonio do possuidor, enquanto não ocorre algum facto que a destrua. E, até *prova em contrario, mantem o mesmo character, com que foi adquirida* (1).

Character da posse é a modalidade com que ella se apresenta na vida juridica: é legitima ou illegitima, viciosa ou isenta de vicios; de bôa ou de má fé; directa ou indirecta; titulada ou não.

O character da posse mantem-se durante a sua permanencia no poder do possuidor e *transmitte-se aos successores a titulo universal*; o successor a titulo singular pode, entretanto, *unir a sua posse á do antecessor, se lhe convier* (2). E' a accessão da posse.

Successor a titulo universal é aquelle que substitue o titular do direito na totalidade de seus bens ou numa quota parte delles, como o herdeiro. Successor a titulo particular é o que substitue o antecessor em coisas ou direitos determinados, como o comprador.

O legatario é successor a titulo particular; como, porem, succede por herança, que é modo universal de transmittir o patrimonio, o Codigo Civil estabelece a continuidade da posse entre o testador e o legatario (3). Certa-

(1) Codigo Civil, art. 492; D. 41, 2, fr. 3, § 19: *a veteribus praeceptum est, neminem sibi ipsum causam possessionis mutare posse*; SALVAT, *op. cit.*, I, ns. 221 a 229; Codigo Civil, argentino, arts. 2.445-2.450; hespanhol, 436.

(2) Codigo Civil, art. 496; D. 41, 2, fr. 13, § 13; 44, 3, fr. 13.

(3) Codigo Civil, art. 495: *A posse transmittte-se com os mesmos caracteres, aos herdeiros e legatarios do possuidor.*

mente, com a morte do testador, a sua posse transfere-se aos herdeiros, e, não havendo herdeiro, ao executor do testamento, e este ou o herdeiro a transfere ao legatário; mas transfere com o mesmo caracter, sem alteração nem solução de continuidade.

O Código Civil, art. 492, declara que a posse conserva o caracter, com que foi adquirida. Esse caracter da posse prende-se á causa, em que ella se funda; porisso, aquelle que possui por determinada causa não pode, arbitrariamente, mudar o titulo, em que se funda a sua posse, salvo quando a mudança resulta de um fundamento juridico; por exemplo: quem possui como arrendatario de um predio o adquire por compra, ou, inversamente, o proprietario aliena o predio e passa a occupal-o como arrendatário.

II. Abre o Código Civil uma excepção ao principio da conservação do caracter da posse, relativamente á violencia e á clandestinidade. Esses vicios não contaminam a posse, senão emquanto perduram (4). São *temporarios*, pois que se referem ao inicio da posse. Cessando a violencia ou a clandestinidade, começa a posse a correr, utilmente, para o possuidor. São também *relativos*. A posse se originou de violencia contra quem não tinha *jus possidendi*, será isenta de violencia em relação ao verdadeiro proprietario. Pode admittir-se também que a clandestinidade exista em relação a um interessado e não com referencia a outro (5).

(4) Código Civil, art. 497; francez, art. 2.233, 2.^a parte; italiano, 689, 2.^a parte.

(5) PLANIOL et RIPERT, *Droit civil français*, III (avec le concours de MAURICE PICARD), ns. 155 e 156; AUBRY et RAU, *Cours*, II, § 180; *Código Civil, argentino*, arts. 2.368 e 2.371; SALVAT, *op. cit.*, I, ns. 89 e 92.

III. Em direito romano, porem, assim não era. Prevalencia a regra de que os vicios da violencia, da precariedade e da clandestinidade eram permanentes; acompanhavam a posse sem possibilidade de serem detergidos, salvo quando voltasse ao poder do proprietario, porque, então, estaria purgado o vicio (6). Como o nosso direito civil patrio, por deficiencia de preceitos legais, tinha por subsidiario, nesta materia, o romano, antes do Codigo Civil, prevalecia, entre nós, essa mesma orientação (7). Foi o Codigo Civil que, por influencia da Commissão Revisora, rompeu com a tradição, que parecia extremamente rigorosa e contrariava interesses de ordem pratica.

A posse do immovel, declara o art. 498 do Codigo Civil, *faz presumir, até prova contraria, a dos moveis e objectos nelle encontrados*. E' o principio da estensão da posse, que o Codigo Civil consigna.

A presumpção estabelecida nesse artigo é *juris tantum*; cede deante da prova em contrario. Se terceiro provar que os objectos encontrados no immovel lhe pertencem, ou estavam, legalmente, na sua posse, prevalece a verdade provada. A posse já se não estende a esses objectos. Ao possuidor do immovel se dispensa a prova da posse das coisas moveis, que se achem nelle, sejam accessorias delle ou não (8); mas o terceiro somente será attendido ao reclamar alguma dellas, apresentando prova de sua posse.

(6) *Institutas*, 2, 6, §§ 2 e 8; D. 8, 5, § 10, pr.; Codigo Civil hespanhol, 444.

(7) LAFAYETTE, *Direito das coisas*, I, § 66, 2 e 3. Mas o rigor romano se attenuara, quanto á violencia, cuja macula não se tranmittia ao terceiro que, de boa fé, recebesse a coisa do esbulhador, ensinava o egregio civilista.

(8) O Codigo Civil, argentino, art. 2.403, refere-se, tão somente ás coisas accessorias. Mas é preciso dar maior amplitude á regra.

Exemplos romanos: se mando o vendedor collocar em minha casa, o que lhe comprei, a minha posse é certa (*possidere me certum est*); se ao esbulhado é restituído o seu predio, cabe-lhe o interdicto para rehver as coisas moveis, que ali tinha antes do esbulho (9).

Cumpre, entretanto, attender á natureza da posse. Se, por exemplo, o arrendatario collocar, no predio arrendado, coisas moveis para seu uso ou gozo, a sua posse é exclusiva sobre essas coisas, que são estranhas á posse indirecta do locador. O mesmo se dirá do usufructuario.

§ 18

DOS EFEITOS DA POSSE (1)

I. Os autores variam no reconhecimento dos effeitos da posse. Esta materia foi, exhaustivamente, debatida por EDMUNDO LINS, que reduz os effeitos da posse, a um só: o direito de invocar os interdictos ou acções possessorias. Tal é tambem a opinião de MAYNZ, VAN WETTER e CORNIL. Em face de nossa lei, porem, devemos considerar effeitos da posse, além dos meios especiaes, que a lei lhe confere para a sua defeza (*Codigo Civil*, arts. 499 a 509), a percepção dos fructos (arts. 510 a 513), a in-

(9) D. 41, 2, fr. 18, § 2; 43, 16, §§ 32 e 33.

(1) SAVIGNY, *Possession*, § 2; EDMUNDO LINS, *Ensaio sobre a posse, nos Estudos Juridicos*, cap. II, p. 126 e segs.; ASTOLPHO REZENDE, *Da posse e sua protecção*, I, ns. 173 e segs.; TITO FULGENCIO, *Da posse e das acções possessorias*, ns. 73 e segs.; LAFAYETTE, *Direito das coisas*, I, § 4; AUBRY et RAU, *Cours*, II, §§ 182 e segs.; SALVAT, *op. cit.*, I, ns. 258 e segs.; CORNIL, *Traité de la possession*, § 1.º, nota 3.

demnização pelas bemfeitorias; o direito de retenção em certos casos; e a responsabilidade pela perda e deterioração da coisa (arts. 514 a 519). E' tambem o parecer de ÁSTOLPHO REZENDE: — *a posse tem os efeitos, que a lei lhe attribuir.*

Admittido este ponto de vista, devemos reconhecer que o usocapião é tambem effeito da posse. E' certo, que o usocapião exige outros elementos (titulo, boa fé, decurso de tempo, pessoa capaz, coisa que esteja no commercio); mas os elementos preponderantes são a posse, coisa apropriavel e decurso do tempo, visto como para o usocapião extraordinario, os outros elementos, que entram na formação deste modo de adquirir o dominio, se dispensam. Sem duvida, ainda neste ultimo caso, a posse, somente por si não gera, actualmente, a propriedade; mas é, precisamente, nella que se funda o usocapião. Os outros requisitos são condições; a posse é a causa efficiente o principio activo do direito. Disse bem LAFAYETTE: “a posse é a base fundamental da prescripção acquisitiva (*usocapião*). . . “na aquisição da propriedade pelo usocapião, a *posse* é o elemento gerador dominante, não sendo os outros requisitos senão qualificações, que se lhe exigem para aquelle fim” (2).

Como, porem, o usocapião é modo de adquirir o dominio, transfere-se a exposição desse instituto para o capitulo da propriedade, ainda que em uma monographia da posse lhe coubesse logar adequado.

II. E cabe ainda acrescentar: *a*) que, se o direito do possuidor é contestado, o onus da prova compete ao

(2) *Direito das coisas*, I, § 4. EDMUNDO LINS nega que a coisa habil, e o justo titulo sejam *qualificações* da posse, para concluir que LAFAYETTE não tem razão, neste passo. Por mim, considero apropriado o termo e bôa a doutrina.

adversario, não pelo principio de que esse onus cabe ao que allega, o qual muitas vezes, não teria applicação, e, sim, porque a posse é um estado de facto, que por sua propria existencia dispensa qualquer prova; b) o possuidor goza de uma posição favoravel em attenção á propriedade, cuja defeza se completa pela posse, ainda que, nem sempre, induza presumpção de propriedade, em favor do que possue (3). *Melior est conditio possidentis*.

§ 19

DAS ACÇÕES POSSESSORIAS EM GERAL

I. As acções possessorias do direito patrio são formas evolutivas dos interdictos romanos, que eram ordens do magistrado. Os interdictos do direito romano eram: os *adipiscendae possessionis*, os *retinendae possessionis* e os *recuperandae possessionis* (1). Tambem o direito canonico trouxe o seu contingente para modificações e desenvolvimento destas acções com a *actio spoli*, o *possessorium summarium*, o *summarissimum* e outras ampliações.

II. Os interdictos *adipiscendae possessionis* propunham-se a conferir a posse ao vencedor em debate judicia-

(3) Ver o Codigo Civil commentado, III, obs. 1, ao art. 499, onde se apontam 7 efeitos da posse, que são os referidos neste §.

(1) D. 43, 1 a 33; SAVIGNY, *Possession*, §§ 34 a 43; JHERING, *Fondement des interdits possessoires*; CORNIL, *Traité de la possession*, §§ 21 e segs.; BONJEAN, *Institutes de Justinien*, I, p. 436 e segs.; II, p. 920-941; GIRARD, *Droit romain*, p. 276 e segs. e 1.053 e segs.; RIBAS, *Da posse e das acções possessórias*, p. 179 e segs.; NETTO CAMPELLO, *Direito romano*, p. 65 e segs. da 2.^a edição; CARVALHO SANTOS, *Codigo de processo civil*, V, aos arts. 271 e seguintes.

rio a respeito da posse. SAVIGNY não os considera interdictos possessorios, porque estes se crearam para defender a posse existente e não para attribuir a alguém o direito de possuir; presuppõem offensa ao *jus possessionis*, o que não se dá nos interdictos *adipiscendae possessionis*. Mas as razões do grande romanista não convencem os que seguem a escola objectiva (2).

Os interdictos desta classe eram, além de outros, os seguintes: *quorum bonorum*, concedido ao herdeiro contra o possuidor para immittil-o na posse dos bens corporeos da herança; *quod legatorum*, concedido ao herdeiro contra o que possui a coisa *pro legato*; o interdicto *Salvianum* concedido ao locador para haver as coisas encontradas no predio ou os fructos do mesmo para pagamento da renda; o *possessorium* tendente a fazer adquirir a posse ao comprador; e o *sectorium* que attribuia a posse como consequencia de uma *sectio bonorum* (3).

III. O interdictos *retinendae possessionis* tinham por objecto a defeza da posse contra os actos, que a turbassem: *uti nunc possidetis, quominus ita possideatis*, diz a formula abreviada de GAIO. A formula de ULPIANO D. 43, 17, fr. 1, pr.) é mais completa: *Uti eas aedes, quibus de agitur, nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero possidetis, quominus ita possideatis, vim fieri veto*. A ausencia do adverbio *nunc*, na formula de ULPIANO, ensinam os romanistas, é devida a um erro de copia, porque os interdictos *retinendae possessionis* protegiam a posse existente no momento. Applicavam-se á defeza da posse

(2) SAVIGNY, *Possession*, § 35; contra: JHERING, *Interdits*, p. 60-65, ou p. 96 e segs. da traducção de Adherval de Carvalho, *Interdictos possessorios*, 1908, ed. Livraria Francisco Alves; CORNIL, *Possession*, § 22.

(3) V. CORNIL, *op. cit.*, § 22 e os autores por elle citados; RIBAS, *op. cit.*, p. 192 e 195.

se de immovel e de servidões prediaes, e, segundo as mais autorizadas opiniões, eram preparatorios de controversia a respeito da propriedade ou de direitos reaes (4).

Para a defeza da posse das coisas moveis havia o interdito *utrubi* originariamente applicado somente á posse dos escravos e depois aos moveis em geral (*utrubi hic homo, quo de agitur, majore parte hujusce anni fuit quominus is eum ducat, vim fieri veto*, D. 43, XXXI).

IV. Os interdictos *recuperandae possessionis* tendiam a restabelecer a posse tirada contra a vontade do possuidor, por violencia. Mencionam os autores os seguintes interdictos recuperatorios: *de vi armata* e *de vi cottidiana*, que se acham unificados no direito justiniano (5); *de clandestina possessione* (6), *de precario* (7). Outros, porem, contestam a existencia, nas fontes romanas, das duas ultimas formas de interdictos recuperatorios acima indicados, e, mesmo, entre os remedios possessorios.

V. Passando pelo direito byzantino, pelas leis romanas dos barbaros e pelo direito germanico, de interesse limitado na evolução das medidas protectoras da posse, cabe, agora, deter-nos um momento sobre o direito canonico, innovador do direito romano cujas regras, aliás, assimilou em materia possessoria.

O direito canonico introduziu dois remedios possessorios, aliás ampliando os do direito romano: a *exceptio spoli* e a *actio spoli*. A *exceptio* é meio dilatorio da pro-

(4) CORNIL, *op. cit.*, §§ 23 e 24.

(5) D. 43, 16: *De vi et vi armata*; SAVIGNY, *Possession*, § 40.

(6) D. 43, 24: *Quod vi aut clam*; SAVIGNY, §§ 41 e 42.

(7) SAVIGNY, *Possession*, §§ 41 e 42; RIBAS, *op. cit.*, p. 206, e outros collocam os dois remedios possessorios — *de clandestina possessione* e *de precario*, entre os interdictos restitutorios; CORNIL contesta essa classificação (*op. cit.*, § 29).

posição da acção; e esta, que, a principio, protegia a posse espiritual e temporal dos bispos, passou a defender todo possuidor esbulhado, concedendo-lhe a reintegração da posse (8).

O *Codex juris canonici* a respeito desta *actio recuperandae possessionis* estatue, no canon 1.692, que dispõe della, como da *spolii exceptio* aquelle que, de qualquer modo, á força ou clandestinamente (*vi aut clam*), foi despojado da posse de uma coisa ou da quasi-posse de um direito, podendo usal-a contra qualquer detentor. A acção dura um anno, a contar do momento em que o espoliado teve noticia do esbulho. A excepção é perpetua.

O canon 1.699 declara que o esbulhado, para ser restituído á sua posse, nada tem que provar senão o proprio esbulho: *spoliatus ut in possessionem restituitur nil aliud probare debet, nisi spoliationem ipsam*.

VI. O direito brasileiro conhece como acções possessórias:

a) *A acção de manutenção*, correspondente ao interdicto *retinendae possessionis*;

b) *A de esbulho*, correspondente ao interdicto *recuperandae possessionis*.

c) *O preceito comminatorio*. Os romanos dividiam os interdictos, em *prohibitoria*, *restitutoria* e *exhibitoria*. Prohibitorios eram os que prohibiam fazer-se alguma coisa; os restitutorios ordenavam a restituição; e os exhibitorios continham ordem de exhibir.

(8) Vejam-se: SAVIGNY, *Possession*, § 50; CORNIL, *op. cit.*, § 30; RIBAS, *op. cit.*, p. 220-225; ASTOLPHO REZENDE, *A posse e a sua protecção*, I, ns. 192 e 193, II, ns. 240 e segs.

Entre os prohibitorios se incluíam os *retinendae possessionis* (9), pois que o pretor prohibia: *vim fieri veto, veto . . . ne fiat*. O nosso preceito comminatorio entra nesta classe.

d) *A nunciação de obra nova*, pois que compete ao proprietario e ao possuidor (9-a).

e) *A immissão de posse* por decreto judicial, segundo o *Codigo do Processo Civil*, art. 381, compete: aos adquirentes de bens, para haverem a respectiva posse, contra os alienantes, ou terceiros, que os detenham; aos administradores e demais representantes das pessoas juridicas de direito privado, para haverem dos seus antecessores a entrega dos bens pertencentes á pessoa representada; aos mandatarios, para receberem dos antecessores, a posse dos bens do mandante.

Os *embargos de terceiro senhor e possuidor* são remedios para garantia da propriedade ou somente da posse de alguém, que, alheio á controversia, soffre acto de apprehensão judicial em seus bens (9-b).

VII. Sobre a categoria das acções possessórias, repete-se a mesma variedade de opiniões, que tem surgido a respeito do caracter juridico da posse. Não ha necessidade, porem, de nos embrenharmos nessas disquisições. Trata-se de saber se as acções possessórias entram na classe das reaes ou das pessoas. ASTOLPHO REZENDE, erguendo-se con-

(9) BONJEAN, *Institutes*, II, n. 3.684.

(9-a) ASTOLPHO REZENDE, *A posse e a sua protecção*, II, n. 202, não classifica esta acção entre as possessórias; mas em face do *Codigo Civil*, art. 573 e do *Codigo do Processo Civil*, 384-392, não se lhe pode recusar esse caracter, sem contudo desconhecer que pode tambem ser petitoria.

(9-b) Sobre a theoria dos embargos de terceiro, veja-se a excelente monographia do projecto processualista, CANDIDO DE OLIVEIRA FILHO, *Theoria e pratica dos embargos*, ns. 110 a 139. *Codigo do Processo Civil*, arts. 707 a 711.

tra a jurisprudencia, que se inclinava pela *realidade* dessas acções, desenvolveu forte argumentação em prol da *personalidade* (10). Apesar da sua autoridade respeitavel e respeitada, poder-se-ia ponderar que, em face da doutrina objectiva acceita pelo nosso Codigo Civil, se deveria classificar as acções possessorias entre as reaes, visto ser a posse a exterioridade da propriedade.

Mas ha um argumento seu que desfaz a objecção invocada. Em nosso direito civil, são direitos reaes somente a propriedade e os mencionados no art. 674, que se consideram poderes inherentes á propriedade e della destacados por motivos de ordem economica. E, sendo as acções reaes os mesmos direitos reaes em posição defensiva, outras não haverá senão as correspondentes aos mesmos direitos.

Sendo a posse um direito, que se defende por acções adequadas, mas não podendo ser classificada como direito real, as acções, que a protegem, devem reflectir o mesmo caracter especial, que ella apresenta.

Estão, igualmente, excluidas do quadro das acções pessoais, porque não se fundam em relação obrigacional, *jura ad rem*. Confirma-se, portanto, a especialidade dessas acções ou defendam posse nova ou posse velha, isto é, de menos de anno e dia ou de mais.

A competencia do juiz na acção possessoria será determinada pela situação da coisa, se esta fôr immovel (Codigo do Processo Civil, art. 136), salvo se a situação do immovel se achar no estrangeiro. Sendo movel o objecto da posse, prevalecerá o domicilio do réo, para a determinação da competencia. Se o immovel, sobre que versar a lide, se achar situado em dois ou mais Estados ou comarcas, o fôro se determinará pela prevenção, prorogando-se

(10) *A posse e sua protecção*, ns. 200 a 201.

a jurisdição do juiz sobre toda extensão do immovel (cit. Código, art. 137).

Ha, sem duvida, razões para justificar a realidade das acções possessórias *retinendae* ou *recuperandae possessionis*, como as ha para sustentar a sua *personalidade*; parece-me, porem, que indo ao amago da materia, é forçoso reconhecer que a nenhuma das duas invocadas categorias ellas se ajustam, exactamente, porque a posse nem é *jus in re* nem *jus ad rem*. E' um estado de facto, que o direito protege; e as acções, que a asseguram devem reflectir o character da relação possessoria. Classifico-as, por isso, como especiaes, não, propriamente no sentido processual, mas no sentido substancial, do direito civil. O Código do Processo Civil submete as acções de manutenção e de esbulho ao curso *especial*, quando a posse tem menos de anno e dia (arts. 371 e segs.), e ao curso *ordinario* se a posse é mais antiga. Mas o ponto de vista da doutrina civilista é o da natureza da relação jurídica.

§ 20

DO INTERDICTO DE MANUTENÇÃO (1)

I. O possuidor tem direito a ser mantido *na posse*, em caso de turbação, estatue o Código Civil, art. 499. A acção, de que dispõe o possuidor contra a turbação de sua posse é a de manutenção ou de força turbativa, correspondente aos *interdicta retinendae possessionis* do direito romano.

(1) LAFAYETTE, *Direito das coisas*, I, § 19; RIBAS, *op. cit.*, ps. 250 e segs.; ASTOLPHO REZENDE, *A posse e a sua protecção*, ns. 218 e segs.;

II. Tem por objecto esta acção: a desistencia da turbação e a indemnização do damno causado.

III. São-lhe presupostos: a posse, que não succumba com o acto turbativo; a turbação, que é todo acto praticado contra a vontade do possuidor, que lhe perturbe o gozo da coisa possuida, sem della o desapossar (*vis inquietativa*). A turbação pode ser *positiva*, como a invasão do terreno alheio, o corte de arvores nelle praticado sem direito; ou *negativa*, como se o turbador impede o possuidor de praticar actos decorrentes da sua posse.

Os actos turbativos são materiaes, de força, não simples phrases, contra as quaes, quando offensivas ou conturbadoras da tranquillidade, ha outros remedios.

IV. A acção de manutenção é especial, *quando intentada dentro em anno e dia contados da turbação; e, passado esse prazo, é ordinaria, não perdendo, comtudo, o character possessorio* (Codigo Civil, art. 523 e do Processo Civil, 371). São as acções denominadas de *força nova* e *de força velha turbativa*.

O prazo de anno e dia não corre, emquanto o possuidor defende a posse, restabelecendo a situação de facto anterior á turbação (Codigo Civil, art. 523, paragrapho unico).

A acção especial de manutenção prescreve, portanto, no prazo de anno e dia. A ordinaria, porem, prescreve em trinta annos (2).

TITO FULGENCIO, *op. cit.*, parte II, ns. 2 e segs.; CUNHA GONÇALVES, *Tratado de direito civil*, III, ns. 405 e 407; SALVAT, *Tratado de derecho civil* (derechos reales), I, ns. 485 e segs.; ADOLPHO CIRNE, *Acções summarias*, com annotações e explicações de Pedro Cirne, ps. 139-140; ENDEMANN, *Lehrbuch*, § 45; CARVALHO SANTOS, *Código de Processo Civil interpretado*, V, ao art. 371; PLACIDO E SILVA, *Commentario ao Código de Processo Civil*, art. 371.

(2) Reflecte-se, neste ponto, aliás de grande importancia, a divergencia dos autores quanto á classificação da posse, como direito pes-

V. O condômino, como qualquer possuidor, pode defender a sua posse, seja contra estranho, seja contra algum dos seus consortes (Codigo Civil, art. 634). Estava este preceito assente no direito jurisprudencial, e o Codigo Civil deu-lhe entrada na lei escripta. ASTOLPHO REZENDE menciona varios julgados anteriores e posteriores á publicação do Codigo Civil, referentes a esta materia (3).

VI. O Codigo do Processo alterou, em mais de um ponto, o direito possessorio, tal como o construiu o Codigo Civil. Reuniu as acções possessorias de manutenção e reintegração, se a turbação ou a violencia datar de menos de anno e dia, sob os mesmos preceitos, quando ha differenças fundamentaes nas situações creadas pelas duas formas de offensa: a turbação e o esbulho. Basta considerar que uma apenas molesta e a outra elimina a posse. Por essa e por outras razões, o Codigo Civil estabeleceu providencias differentes. Por exemplo, o Codigo Civil, art. 506, estatue:

“Quando o possuidor tiver sido esbulhado, será reintegrado, desde que o requeira, sem ser ouvido o autor do esbulho antes da reintegração”.

O Codigo do Processo Civil não manteve essa providencia e manda ouvir tanto o turbador quanto o esbulhador, se assim entender o juiz. Essa questão foi largamente, debatida e a ella fará referencia o § 25 deste livro.

VII. A acção de manutenção, como a de reintegração, é especial, quando proposta antes de anno e dia, de-

soal, real, etc. Considerando a posse direito de natureza especial, entende-se que o prazo da prescripção das acções possessorias, ordinarias é de 30 annos, por não ter o Codigo Civil estabelecido outro menor (artigo 179).

(3) *A posse e a sua protecção*, II, n. 227.

termina o Código do Processo Civil. O que se diz turbado requer mandado de manutenção *initio litis*, provando (Código do Processo Civil, art. 371):

I. A sua posse;

II. A turbação praticada pelo réo;

III. A data da turbação.

IV. A continuação da posse, embora turbada. Quando a justificação desses requisitos não consistir em documentos, poderá o juiz ouvir o réo. Contra a União, o Estado ou o Município, a medida não será concedida *in limine*, sem audiência dos respectivos representantes”.

Do dispositivo acima foi supressa a referencia ao esbulho, para ser considerada opportunamente. O arbitrio conferido ao juiz para ouvir ou não o turbador, contrariando a norma estatuida pelo Código Civil, não parece digno de applauso, por ser a turbação um facto que deve ser examinado em cada caso pelo juiz, tal a possibilidade de erro da parte do autor e de bôa fé da parte do réo. No esbulho ha um facto manifesto, e perda da posse que dispensa prova. Nada justifica o esbulho, dentro da ordem juridica. A turbação tambem não se justifica; pode, porem, o autor dizer-se molestado em sua posse, quando, ouvido o autor, o facto se apresenta por outro aspecto, claro ou confuso.

A posse que a acção de manutenção defende é a actual e juridica, ainda que seja viciosa, porque o que a lei protege é a posse, como figura juridica occupando logar distincto no quadro do direito civil.

O réo poderá pedir que o autor, provisoriamente mantido, preste caução para o caso de decahir da acção,

desde que careça de idoneidade financeira para responder pelos prejuizos (Codigo do Processo Civil, art. 372).

Concedida ou não a manutenção liminar, o autor, nos cinco dias subsequentes promoverá a citação do réo, para contestar dentro de dez dias (Codigo cit., art. 373).

Com a contestação termina a acção especial e segue-se o curso ordinario (4).

VIII. Na posse de menos de anno e dia, em conflicto de pretensões, será mantido o que tiver melhor posse, entendendo-se por melhor posse a que se fundar em titulo; na falta de titulo, ou sendo os titulos eguaes, a mais antiga; se da mesma data, a posse actual. Se, porem, forem todas duvidosas, será sequestrada a coisa, enquanto se não apurar a quem toque (Codigo Civil, art. 507).

O Codigo Civil não se refere ao receio de rixas e violencias criminosas, que os autores, antes d'elle, davam como um dos fundamentos do sequestro da coisa, no caso de posse duvidosa (5), como tambem não se refere o Codigo Civil portuguez, de onde a Commissão Revisora o extrahiu. E' a duvida sobre o direito de posse *jus possidendi*, que autoriza o sequestro, independentemente de disturbio (6).

(4) Codigo de Processo Civil, art. 376. PLACIDO E SILVA, *Commentarios ao Codigo de Processo Civil*, 291.

(5) Por exemplo: LOBÃO, RAMALHO e RIBAS.

(6) ASTOLPHO REZENDE, *op. cit.*, II, n. 331; TITO FULGENCIO, *op. cit.*, ns. 137 e 138. O Codigo do Processo Civil não se refere a este caso, mas não o revogou, pois não ha incompatibilidade entre os seus dispositivos (arts. 371 a 392).

§ 21

DO INTERDICTO PROHIBITORIO (1)

I. O preceito comminatorio, acção de força imminente, interdito prohibitorio ou embargos á primeira é uma forma particular da acção de manutenção, com a differença de que, na manutenção propriamente dita, o possuidor pede para que cesse a turbação feita, e no interdito prohibitorio, *tendo justo receio de ser molestado na posse, pede ao juiz que o segure da violencia imminente, comminando pena ao transgressor do preceito* (Codigo Civil, art. 501, do Processo Civil, art. 377 e 378).

O Direito romano não destacara um interdito especial para proteger a posse apenas ameaçada; mas com os interdictos *retinendae possessionis* obtinha-se o mesmo resultado. Segundo a lição de SAVIGNY, com fundamento no Edicto, um dos casos de applicação dos interdictos *retinendae possessionis* era quando havia o temor de uma turbação imminente, contra a qual o possuidor pedia protecção (2).

Dos Codigos modernos, deram relevo a essa defeza contra a turbação imminente: o portuguez, art. 485, fonte do nosso, que, aliás, modificou o preceito, dando-lhe expressão mais adequada; o allemão, art. 862, ainda que de

(1) LAFAYETTE, *Direito das coisas*, I, § 21; TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação*, nota 19, ao art. 812; RIBAS, *Acções possessorias*, cap. IV do tit. II, 2.^a parte; ASTOLPHO REZENDE, *A posse e a sua protecção*, ns. 332 e segs.; TITO FULGENCIO, *op. cit.*, ns. 184 e segs.; AZEVEDO MARQUES, *Acção possessoria*, ns. 50 e 82 a 84; PLACIDO E SILVA, *Comentarios aoCodigo de Processo Civil*, aos arts. 377 a 380; CARVALHO SANTOS, *Codigo de Processo Civil interpretado*, aos mesmos artigos.

(2) *Possession*, § 37.

um modo restricto, pois somente se refere a turbações ultteriores á cessação de um primeiro agravo á posse: *sind weitere Stærungen zu besorgen, so kann der Besitzer auf Unterlassung Klagen*; o suisso, art. 928, onde se diz (segundo alinea), que a acção contra o turbador tende a fazer cessar a turbação, á *proibição de causal-a*, e á reparação do damno.

II. Expedido o mandado contra a turbação imminente, poderá o réo oppor contestação; mas a contestação não suspende o preceito. O interdicto prohibitorio é concedido para que se não dê o attentado á posse. Se, pelo simples facto de comparecer o réo com a sua contestação, desaparecesse o preceito, como, antes da lei vigente, affirmaram alguns juristas, sob o fundamento de que ella transformava o preceito em simples citação, consummar-se-ia o attentado, que se pretendia evitar e o interdicto prohibitorio ficaria sem funcção, sem objecto.

O Codigo do Processo Civil de Minas Geraes regulará a materia com muito acerto (arts. 675 a 677) e as annotações do desembargador ARTHUR RIBEIRO mostram as fontes em que se fundam esses dispositivos. Mais explicito ainda era o Codigo do Processo Civil da Bahia, art. 395: "Apresentada a contestação, a causa seguirá o curso summario, subsistindo, provisoriamente, os effeitos do mandado prohibitorio, até que se profira a sentença definitiva". ESPINOLA, annotando este artigo, cita, em seu apoio os Codigos do Processo Civil do Estado do Rio e do Maranhão (3).

(3) EDUARDO ESPINOLA, *Codigo do processo do Estado da Bahia*, II, p. 75.

Sobre esta materia, ASTOLPHO REZENDE transcreve além do seu, os pareceres de ALFREDO BERNARDES, CLOVIS BEVILAQUA, BENTO DE FARIA, EDUARDO ESPINOLA, CARVALHO MOURÃO, PAULO DE LACERDA, PRUDENTE DE

Desappareceu a duvida apontada, com o disposto no Codigo de Processo Civil, art. 380, paragrapho unico: "se o réo contestar, a acção seguirá o curso ordinario". "Se o réo não comparecer ou não contestar o preceito, o juiz julgará por sentença a pena comminada, podendo reduzir-a" (art. cit., pr.).

Se, no curso da acção, se effectuar o esbulho ou a turbação, desapparece o fundamento do interdicto prohibitorio, que se transformará em interdicto de manutenção ou de reintegração, segundo fôr o caso de molestia ou desaposamento (4).

Não se tendo effectuado a turbação ou o esbulho, que se receiava, não se applicará a pena, porquanto esta é comminada para o caso de transgressão do mandado prohibitorio. Occorrendo a transgressão o juiz condenará o transgressor na pena pecuniaria.

III. Em principio, os actos da Administração, por isso mesmo que, se offensivos de direitos pessoases, não se consideram turbação de posse, escapam ao circulo de idéas, que se esplanam neste livro. Contra elles defendem-se os offendidos com o mandado de segurança e com o remedio que lhe offerecem a lei n. 221, de 20 de Novembro de 1894, art. 13, e lei n. 1.939, de 28 de Agosto de 1908. Todavia, se o acto da Administração Publica toma a forma de violencia directa contra os bens corporeos de uma pessoa, esse acto é manifestamente inconstitucional, ou illegal, mas não é o mandado de segurança que defenderá a

MORAES FILHO, todos no sentido da these, que o texto sustenta, e que resalta dos dispositivos do Codigo Civil (*A posse e a sua protecção*, II, n. 341).

(4) *Codigo de Processo Civil*, art. 378, paragrapho unico.

PLACIDO E SILVA, *Commentarios ao Codigo de Processo Civil*, ao artigo 378; CARVALHO SANTOS, *Codigo de Processo Civil interpretado*, ao mesmo artigo.

posse, pois, embora a lei o defina em termos amplos (5), elle foi creado para a defeza dos direitos pessoaes. No caso de violencia imminente ou actual, contra bens corporeos, o remedio será a acção de preceito comminatorio ou de manutenção (6).

IV. Contra os actos judiciaes, o direito patrio não admittre acção de manutenção e muito menos interdicto prohibitorio, que seria, este ultimo, um contrasenso. Neste ponto, quanto á acção de manutenção contra actos judiciaes, a doutrina é pacifica e a jurisprudencia é firme.

§ 22

DO INTERDICTO DE REINTEGRAÇÃO (1)

I. *O possuidor tem direito de ser restituído na posse, em caso de esbulho* (Codigo Civil, art. 499). Esbulho é a injusta privação da posse, soffrida por aquelle que a tem. Pode resultar: de violencia sobre a coisa, tirando-a

(5) Lei n. 181, de 16 de Janeiro de 1936, art. 1.º: Dar-se-á mandado de segurança para defeza de direito certo e incontestavel, ameaçado ou violado, por acto manifestamente inconstitucional, ou illegal, de qualquer autoridade.

(6) No mesmo sentido, opinam TITO FULGENCIO, *Da posse e das acções possessórias*, n. 119; ASTOLPHO REZENDE, *A posse e a sua protecção*, II, n. 208. Nos numeros seguintes, expõe elle a questão em face do direito estrangeiro. A jurisprudencia ainda não se acha bem firmada; mas a sua tendencia é no sentido de sujeitar á autoridade judiciaria os actos da Administração lesivos da posse e da propriedade, sem fundamento legal.

(1) LAFAYETTE, *Direito das coisas*, § 22; RIBAS, *Dá posse e das acções possessórias*, parte 2.ª, tit. II, cap. VII; ASTOLPHO REZENDE, *A posse e a sua protecção*, II, ns. 239 e segs.; TITO FULGENCIO, *Da posse e*

alguem do poder de quem a possuía antes da violência; ou de um receio fundado de violência, capaz de constranger o possuidor a desligar-se de sua posse; de acto clandestino; de abuso de confiança.

II. Tem por objecto esta acção a restituição da coisa com os seus fructos e a indemnização do prejuizo causado, operando-se a reintegração á custa do esbulhador, no mesmo logar do esbulho (Codigo Civil, art. 503).

III. A acção de esbulho pode ser substituída pela de indemnização, quando intentada *contra o terceiro, que recebeu a coisa esbulhada, sabendo que o era* (Codigo Civil, art. 504). Neste caso, a acção deixará de ser possessoria, não obstante a má fé, em que se acha o terceiro, como receptor de coisa usurpada. O direito canonico foi o creador desta acção contra o terceiro; o romano a desconhecia, como restitutoria.

Pode, entretanto, se fôr preferivel, intentar o espoliado a propria acção de esbulho contra esse terceiro conscio da violencia injusta.

Se o terceiro, em cujo poder foi parar a coisa usurpada, ignorava o esbulho, não haverá contra elle acção possessoria, porque elle não despojou o possuidor; obteve a coisa em bôa fé.

IV. A acção de força espoliativa é *especial, quando intentada dentro em anno e dia, contado do esbulho, e, passado esse prazo é ordinaria* (Codigo Civil, art. 523,

das acções possessorias, ns. 176 a 183 e p. 598 e segs.; DIAS FERREIRA, *Codigo Civil portuguez*, II, nota ao art. 482; COELHO DA ROCHA, *Instituições*, § 447; CUNHA GONÇALVES, *Tratado de direito civil*, III, n. 407; SALVAT, *Derecho civil argentino*, (derechos reales), I, ns. 529 e segs.; SAVIGNY, *Possession*, §§ 40 a 43; ENDEMANN, *Lehrbuch*, II, § 44; PLACIDO E SILVA, *Commentarios cit.*, 371 a 375; CARVALHO SANTOS, *Codigo do Processo Civil*, V, aos mesmos artigos.

Cod. do Proc. Civil, 371). Não corre o prazo, enquanto o possuidor defende a posse para restabelecer a situação de facto anterior ao esbulho (art. citado, do Código Civil, paragrapho unico).

A acção summaria de força nova espoliativa prescreve em anno e dia, e a ordinaria em trinta annos (2).

O condomino pode defender a sua posse contra o seu consorte espoliador (3).

§ 23

DA DEFEZA E DESFORÇO IMMEDIATOS (1)

I. A defeza immediata da posse é modalidade particular da legitima defeza, em geral. O art. 502 do Código Civil, que a assegura, declara: *o possuidor turbado, poderá manter-se, por sua propria força, comtanto que o faça logo; o esbulhado poderá restituir-se, tambem desde logo.*

Destacam-se nessa permissão um primeiro requisito justificativo da legitima defeza: a defeza contra a turbção e o desforço contra o esbulho devem ser immediatos,

(2 e 3) Vejam-se os ns. IV e V do paragrapho 20. Os mesmos principios se applicam aos casos de manutenção.

Tambem é commum ao esbulho e á manutenção o que a respeito desta ultima se expoz sob o n. VIII do § 20, quanto ao conflicto de varios possuidores em relação á mesma coisa.

(1) LAFAYETTE, *Direito das coisas*, § 23; RIBAS, *Acções possessorias*, parte II, tit. II, cap. II; ASTOLPHO REZENDE, *Manual do Código Civil*, VII, ns. 69-72; TITO FULGENCIO, *Da posse e das acções possessorias*, ns. 192 e segs.; AZEVEDO MARQUES, *Acção possessoria*, n. 48; ENDEMANN, *Lehrbuch*, II, § 43.

in ipso congressu. A *resistencia* á turbação é praticada no momento, em que esta se faz sentir. O esbulhado recupera a posse, por sua propria força, logo em seguida á expulsão que soffreu, no que aliás ha mais do que legitima defeza; porquanto esta consiste, apenas, na repulsa ao ataque, emquanto este se produz. A retomada, ainda que em acto continuo, excede a legitima defeza, como, aliás, reconhece o paragrapho unico do art. 302.

O segundo requisito é o que estatue esse mesmo paragrapho unico do art. 502: *os actos de defeza, ou de desforço não podem ir alem do indispensavel á manutenção ou restituição da posse*.

Se se trata de coisa movel, o esbulhado pode perseguir o esbulhador, que procura fugir com o objecto, e retomar-lh'o. Se o objecto do esbulho é immovel, a retomada tem de ser iniciada em acto continuo, no caso de violencia; e logo que o possuidor tiver conhecimento da espoliação, nos casos de clandestinidade ou precariedade. *Confestim ex continenti, non ex intervallo*.

Aliás poderá haver algum intervallo, como acabamos de ver no caso do ladrão perseguido. Criteriosamente, observa TITO FULGENCIO, "nos casos concretos, caberá á prudencia do juiz decidir se o espolio já está tão perfeitamente consumado, que o espoliador se possa dizer, realmente, possuidor da coisa no momento em que se verificou a recuperação por parte do espoliado".

II. A disposição do Codigo Civil allemão sobre esta materia (*Selbsthief*) é a seguinte:

Art. 859 — O possuidor pode repellir pela força as vias de facto illicitas. Se lhe tirarem coisa movel, pode retomal-a á força do poder do autor do esbulho, surprehendido ou perseguido. Se a coisa, objecto do esbulho, fôr immovel o possuidor pode, logo depois (*sofort nach der*

Entziehung) apoderar-se da posse, expulsando o autor da via de facto.

O suíço, art. 926, diz: — O possuidor tem o direito de repellar pela força todo acto de esbulho ou turbação.

Quando a coisa lhe é tirada, violenta ou clandestinamente, pode retomá-la, desde logo (*aussitot, immediatamente, sofort*), expulsando o usurpador, se se trata de imóvel, e se se trata de coisa móvel, tomando-a do espoliador surprehendido em flagrante delicto, ou apanhado na fuga.

Deve abster-se de vias de facto não justificadas pelas circumstancias.

O portuguez, art. 486: — O possuidor, que é perturbado ou esbulhado, pode manter-se ou restituir-se, por sua propria força e autoridade, comtanto que o faça em acto consecutivo, ou recorrer á justiça, para que esta o mantenha ou restitua.

O peruano, art. 830: — O possuidor pode repellar a força, que se empregue contra elle, e recobrar o bem, *sem intervallo de tempo*, se for desapossado; em ambos os casos, porem, deverá abster-se das vias de facto não justificadas pelas circumstancias.

O Projecto de Código Civil argentino: — O facto da posse confere o direito de proteger-se nella e rechassar a força com o emprego de força sufficiente, quando os auxilios da justiça teriam de chegar demasiado tarde. Quem fôr desapossado poderá recobrar a coisa, por sua propria autoridade, *sempre que não mediar intervallo*, e comtanto que não exceda os limites da propria defeza.

Esta faculdade poderá ser exercida pelo possuidor, ou, em seu nome, pelos que tiverem a coisa, como os seus subordinados, e nos casos do art. 1.412.

O art. 1.412, a que remette o dispositivo transcripto, define as posses viciosas, adquiridas por violencia material

ou moral, ou clandestinamente, quanto ás mesmas pessoas, ou se provierem da negativa de restituir a coisa recebida.

§ 24

DA ALLEGAÇÃO DE DOMINIO OU OUTRO DIREITO (1)

I. *Não obsta á manutenção, ou reintegração na posse, preceitua o Codigo Civil, art. 505, a allegação de dominio, ou de outro direito sobre a coisa. E' regra universalmente acatada, a começar do direito romano, que a exprimiu em varios modos, como os dois seguintes: Nihil commune habet proprietas cum possessione (D. 41, 2, fr. 12, § 1.º) e separata esse debet possessio a proprietate.*

O direito moderno a consagra, segundo se vê, entre outros, dos seguintes Codigos Civis:

Allemao, art. 863: — Contra os direitos determinados nos arts. 861 e 862 (os direitos ás acções de esbulho e de manutenção) não é permittido fazer valer um direito á posse, ou o direito de realizar a turbação, excepto

(1) TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das leis civis*, arts. 817 e 818; LAFAYETTE, *Direito das coisas*, § 22, e, especialmente, a nota 11 desse §; RIBAS, *Da posse e das acções possessórias*; JOÃO MONTEIRO, *Processo*, I, § 24, nota 1; ASTOLPHO REZENDE, *A posse e a sua protecção*, ns. 298 e 313; VIEIRA FERREIRA, *Codigo Civil annotado*, p. LXII e segs.; JUSTINIANO DE SERPA, *Questões de direito e legislação*; JUVENAL LAMARTINE, *Parecer de 1913*; TITO FULGENCIO, *Da posse e das acções possessórias*, n. 144; AZEVEDO MARQUES, *op. cit.*, ns. 56 a 58; CUNHA GONÇALVES, *Tratado de direito civil*, III, n. 407; CARVALHO SANTOS, *Codigo de Processo Civil*, nota I ao art. 373.

para justificar a affirmativa de que o esbulho ou a turbação não constituem via de facto illicita.

Suisso, art. 927: — Aquelle que, por meio de vias de facto, usurpa uma coisa da posse de outrem, é obrigado a restituil-a, ainda que pretenda ter melhor direito sobre ella.

Italiano, art. 696: — A reintegração deve ser ordenada pelo juiz, mediante citação da outra parte contra qualquer outra pessoa, ainda que seja o proprietario da coisa da qual se soffreu o esbulho.

Argentino, art. 2.484: — Estabelecido o juizo possessorio, não pode ter logar o petitorio, antes de terminada a instancia possessoria.

○ Projecto de reforma, publicado em 1936, para substituir o Codigo citado, contem o seguinte dispositivo, art. 1.433: — A posse nada tem de commum com o direito de possuir, e será inutil a prova deste nas acções possessorias.

II — A esse preceito de que a allegação de dominio não impede a manutenção ou reintegração, o direito patrio, desde 1786, abriu excepção com o assento de 16 de Fevereiro, que TEIXEIRA DE FREITAS consolidou nos termos seguintes: — *Todavia não se deve julgar a posse em favor daquelle a quem se mostra, evidentemente, não pertencer o dominio* (2).

O Codigo Civil, art. 505, segunda parte não se afastou da lição do grande juriconsulto, declarando por sua vez: — *não se deve, entretanto, julgar a posse em favor daquelle a quem, evidentemente, não pertencer o dominio.*

Por occasião de se discutir, no Congresso Nacional, o Projecto do actual Codigo Civil brasileiro, levantaram-

(2) *Consolidação das leis civis*, art. 818.

se objecções a essa excepção, accentuando-se, em particular, que era um desvio da doutrina objectiva, acceita na conceituação da posse. Quanto a este ultimo reparo, observou JUVENAL LAMARTINE que se, por essa theoria, se defende a posse em attenção á propriedade, a excepção em causa é antes um corollario, uma consequencia logica do principio objectivo.

E, em verdade, assim é, como tambem fez notar JUSTINIANO DE SERPA.

III. Bem se comprehende que não pode, em todos os casos, oppor um dos contendores, no possessorio, o seu dominio á pretensão do outro possuidor.

A controversia prevista pelo Codigo Civil, art. 505, 2.^a parte, é a da posse a titulo de proprietario, o que, desde logo exclue a posse indirecta em frente á directa (3). Se ambos os contendores reclamam a posse como emanação de sua propriedade, nada mais racional e justo do que não *julgar a posse em favor daquelle a quem, evidentemente, não pertencer o dominio.*

Depois, somente quando, nessa emergencia, é evidente que uma das partes não é proprietaria, é que o juiz julgará a posse em favor da outra. Não sendo evidente o direito dominial allegado por um dos contendores, ou restringindo-se o pleito ao facto da posse, como simples *jus possessionis* e não *jus possidendi*, não tem applicação o principio.

ASTOLPHO REZENDE, que, vigorosamente, combateu e ainda combate a norma constante do art. 505, segunda parte do Codigo Civil, apoia a solução que acaba de ser dada (4).

(3) *Codigo Civil commentado*, III, obs. 4 ao art. 505.

(4) *A posse e a sua protecção*, II, n. 307.

Aliás se, quando a posse disputada é duvidosa, se attende á melhor (Codigo Civil, art. 505), considerando-se melhor posse, em primeiro lugar, a que se fundar em justo titulo, não ha que extranhar que, no litigio possessorio, allegando ambos os litigantes o seu *jus possidendi*, succumba aquelle a quem, evidentemente, não pertence o dominio.

IV. E uma ligeira consulta á legislação comparada mostra que o nosso Codigo não está isolado, neste ponto, como já se viu que tem por si antigos documentos do direito patrio.

TITO FULGENCIO, justificando a doutrina do Codigo Civil, mostra a semelhança entre elle e o allemão, art. 863, que, na defeza possessoria, permite a aliegação de que o esbulho, ou a turbação, não constituem vias de facto illicito, quando autorizada por lei, e, mais precisamente, no art. 864, que declara extinctas as acções de manutenção e de esbulho, se depois da turbação ou do esbulho, ficou estabelecido, por sentença, com força de coisa julgada, que o autor dessas vias de facto tinha sobre a coisa um direito, que lhe permittia reclamar um estado de posse de accordo com o seu modo de proceder.

A semelhança entre o nosso e o direito allemão está na invocação de um direito contra o estado de facto da posse.

Mais approximado do nosso é o direito suiso, que, na acção de esbulho, declara que *a restituição não se effectuará, se o réo provar, immediatamente, que tem um direito preferente, em virtude do qual estaria autorizado a retomar a coisa do poder do autor.*

O Projecto argentino, art. 1.433, depois de estatuir que a posse nada tem com o direito de possuir, sendo inutil a prova deste nas acções possessorias, acrescenta: *sem*

embargo, o juiz, poderá examinar os títulos apresentados para apreciar a natureza, extensão e efficacia da posse.

§ 25

DA RESTITUIÇÃO ADMINISTRATIVA DA COISA ESBULHADA (1)

I O art. 506 do Código Civil, como repressão ao esbulho, permite que o juiz, mediante requerimento do esbulhado, ordene a reintegração da posse, sem ouvir o esbulhador. Esse dispositivo suscitou discussão, nos meios jurídicos e nos tribunales do paiz, combatendo-o, procurando limitar-lhe o alcance, ou justificando-o.

Diz o artigo citado: — *Quando o possuidor tiver sido esbulhado, será reintegrado na posse, desde que o requeira, sem ser ouvido o autor do esbulho, antes da reintegração.*

(1) ASTOLPHO REZENDE, *A posse e a sua protecção*, ns. 245 e 250 expõe, largamente a discussão travada em redor do art. 506 do Código Civil brasileiro, as primeiras decisões do *Tribunal da Relação de Bello Horizonte*, o bem elaborado voto do Desembargador ARNALDO DE OLIVEIRA, o douto commentario de MENDES PIMENTEL, na *Revista Forense*, vol. 30, p. 42 e segs., accordãos do Supremo Tribunal etc.

Vejam-se mais: *Revista academica* da Faculdade de Direito do Recife, vol. XXVI; TITO FULGENCIO, *Da posse e das acções possessórias*, ns. 176-183 e 598 e segs., onde, igualmente, se encontram julgados e a discussão provocada pela applicação do art. 506 do Código Civil; AZEVEDO MARQUES, *Acção possessoria*, ns. 77 e 81; DIAS FERREIRA, *Código Civil portuguez*, II ao art. 482; CUNHA GONÇALVES, *Direito civil portuguez*, III, n. 407; meu *Código Civil commentado*, III, ao art. 306; JOÃO LUIZ ALVES, *Código Civil annotado*, ao mesmo artigo; CARVALHO SANTOS, *Código de Processo Civil*, V, art. 371, n. 10.

Não houve innovação em nosso direito anterior, com esta provisão, como alguns disseram. Houve, sim, manifesto proposito de restaurar um principio salutar, que a lei não destacava com a clareza e o vigor necessarios, e que a pratica forense, a pouco e pouco, fôra desvirtuando, a ponto de parecer novidade e causar estranheza, quando exposto á luz plena, exigindo o Codigo Civii que lhe cumpram o mandamento.

A Ordenação, 3.º 40, § 2.º, preceituara: *o esbulhado, antes de outra coisa, é restituído á sua posse, de que foi esbulhado.* No livro 4.º, tit. 58, determinava esse velho Codigo o mesmo preceito, não admittindo que o esbulhador fosse recebido a allegar que era senhor da coisa ou que tinha nella algum direito; e ordenava que *fosse logo constrangido a restituil-a ao que a possuía e perdesse todo o direito que nella tinha.*

Estava, pois, no Codigo Philippino o principio consignado no art. 506 do Codigo Civil brasileiro, que aliás fôra, neste particular, precedido pelo Codigo Civil portuguez, art. 487, embora este se refira somente ao esbulho violento.

O uso forense é que havia modificado esse remedio possessorio das Ordenações. O Codigo Civil brasileiro o restaurou, dando-lhe, com a clareza do dispositivo, o vigor necessario para ser utilmente empregado (2).

(2) Não estava no Projecto primitivo essa medida. Quem a introduziu foi a Commissão Revisora do Governo.

Pelo Codigo do Processo Civil, art. 371, paragrapho unico, se a justificação da posse e do esbulho não consistir em documento, fica ao criterio do juiz ouvir ou não o reo, ao passo que, pelo Codigo Civil, é direito do esbulhado pedir a reintegração e dever do juiz conceder a reintegração, sem ouvir o esbulhador. Pelo Codigo do Processo, ha uma acção proposta; pelo Codigo Civil, o esbulhado pede á autoridade uma providencia administrativa. Não contende. E o juiz, verificado o esbulho, ordena a restituição, tão somente para restabelecer o estado an-

Ficou, assim, estabelecido no Código Civil:

a) Aquelle que soffre esbulho em sua posse pode restituir-se por sua propria força, contanto que o faça logo, faculdade que tambem é concedida ao que soffre turbação (art. 502).

b) Se não puder ou não quizer desforçar-se, o possuidor esbulhado, poderá pedir ao juiz que o reintegre, por sua autoridade, sem ouvir o autor do esbulho antes da reintegração (art. 506). Esta medida é concedida somente ao esbulhado.

c) Não tendo usado desse remedios, terá a seu dispor o interdito *recuperandae possessionis* (art. 499), que, aliás, não fica excluído pela providencia indicada na alinea *b*, que apenas restabelece o estado anterior, sem resolver o dissídio de modo definitivo.

II. A restituição do art. 506 do Código Civil, por simples petição do esbulhado e despacho do juiz, é acto meramente administrativo, confiado ao criterio da autoridade judiciaria, que ordenará a restituição, quando lhe forem provados o facto da posse e o do esbulho, dispensando a audiencia do espoliador, mas podendo tomar as providencias, que lhe pareçam adequadas á verificação do que allega o esbulhado.

O esbulho, a que se refere o art. 506, é o recente, que, pelo menos, não date de mais de anno e dia, porque, pas-

terior ao esbulho, sem decidir se a posse do esbulhado é, ou não, merecedora de apoio legal.

A alteração é profunda; e ainda mais se torna, porque a providencia creada para o esbulho se estende á turbação.

Para conciliarmos as duas leis, a substantiva e a processual, teremos de opinar que a segunda não se refere ao caso do art. 506 do Código Civil, porque ali não ha processo contencioso, e porque a lei processual regula a marcha de uma acção possessoria especial.

sado esse prazo, se firma a posse em poder do esbulhador, que poderá nella manter-se, até que, pelos meios ordinarios, se prove o vicio de que a mesma padece (art. 508).

Não ha que distinguir entre esbulho violento, clandestino ou abusivo. O Codigo Civil attende, neste caso, ao esbulho, como facto illicito, não ao modo por que se realiza.

III. Esta medida extraordinaria de restituição da posse, por despacho gracioso do juiz, não merece a censura, que lhe fizeram, de supprimir a garantia da defeza, a que têm direito os accusados de actos puniveis. Em systema que permite a reintegração da posse por acto privado do esbulhado, comtanto que reaja immediatamente, não é de estranhar que a facilite por simples mandado da justiça, incumbida de velar pela paz social.

O fundamento do remedio, nos dois casos, é o mesmo: não merece a protecção da ordem juridica o autor da violencia ou do abuso, porque a dispensou e offendeu, usando da sua propria força, da violencia ou da falsa fé, como se não se achasse em uma sociedade policiada.

IV. Pareceu a MENDES PIMENTEL que este remedio trancaria a porta ao que pretendesse provar que, a toda evidencia, o dominio lhe pertencia (3). Mas o preclaro mestre não tem razão, neste reparo, porque o juiz, a quem o esbulhado solicita restauração da posse, sem audiencia do autor do esbulho, apenas restabelece o estado das coisas antes do esbulho, fazendo cessar o effeito desse acto offensivo da paz juridica. Nada resolve sobre o *jus possessionis*. A excepção de dominio somente pode apparecer na acção de esbulho. Não se deve *julgar* a posse, diz

(3) *Revista Forense*, XXX, p. 43.

o Código, no art. 505, isto é, *sentenciar na acção proposta*. Mas se o esbulhador tem direito sobre a coisa e a posse do seu adversario não tem fundamento, é injusta ou viciosa, nada o impede, certamente, de recorrer ao Poder Judiciario. O que o direito repele é o esbulho, por ser perturbador da paz juridica.

V. Afinal, depois das vacillações dos primeiros tempos, o Supremo Tribunal teve oportunidade de se pronunciar e declarou que o preceito do art. 506 do Código Civil é categorico. A reintegração que elle disciplina independe de qualquer processo. O que se tem que provar é, simplesmente, a posse, que o requerente declara ter e da qual foi esbulhado. O despacho ou ordem de reintegração, posto que não precedida de processo, tem a força de uma sentença provisoria, que cumpre acatar, até que seja proferida a decisão final na acção possessoria (4).

O ministro EDMUNDO LINS concordou com o principio firmado pelo accordão, porque o art. 506 do Código Civil mantinha o que já dispunha a Ord. liv. 3.º, tit. 40, principio, *verbis*: “logo sem outro processo, nem libello, nem contestação, será privado da posse da dita coisa e será trespassada ao autor”, e, paragrapho 2.º, *verbis*: “porque este caso em direito especialmente é privilegiado, assim como de esbulho, antes de outra coisa, é restituído á sua posse, de que foi esbulhado”. Mas entende que essa providencia ha de ser tomada quando o esbulhado propuzer acção de força espoliativa, *initio litis* (5). O Código Civil, art. 506, não exige, porem, esse requisito. Não é preciso que o esbulhado proponha acção de força nova espolia-

(4) *Apud* ASTOLPHO REZENDE, *op. cit.*, II, p. 238 e 339. A redacção desse accordão aqui resumido é da lavra de PEDRO LESSA.

(5) ASTOLPHO REZENDE, *op. cit.*, II, p. 239 a 242.

tiva, para solicitar do juiz a providencia do art. 506. Esbulhado, o possuidor tem a faculdade de pedir a reintegração, sem que seja ouvido o esbulhador, e será attendido, se provar que sofreu o desapossamento, que allega. Depois de restabelecida a posse, o usurpador usará dos meios adequados ao reconhecimento de seu direito, se o tiver.

VI. Tem-se admittido a venda com reserva de dominio, o que se me antolha deturpação da figura juridica da venda. Mas o costume se firmou e leis reconhecem a legalidade do pacto de reserva do dominio, apposto ao contracto de compra e venda. Nesse caso, o comprador adquire a posse immediata; e, se rompe o contracto, por inexecução da clausula, a que se submetteu, com essa condição, desaparece o fundamento da sua posse, que era semelhante á do locatario. Semelhante, porem não identica, visto como o comprador, não obstante se ter o vendedor reservado o dominio, paga não o preço do simples uso, como o locatario, mas, em prestações, o preço de aquisição da coisa. Portanto, á medida que elle paga as prestações estipuladas, vae, parcelladamente, adquirindo o bem.

Assim sendo, como, incontestavelmente, é, não se applica, a este caso, o art. 506 do Codigo Civil, quando o comprador deixar de cumprir o contracto de compra e venda, não pagando alguma das prestações vencidas. Não ha esbulho manifesto, nesse inadimplemento de obrigação. O comprador restitue o bem, cuja aquisição não ultimou, e o vendedor desconta das prestações recebidas somente a quantia correspondente á desvalorização do objecto (6).

(6) Decreto-lei n. 869, de 18 de Novembro de 1938, art. 3, n. IV. Segundo decisão do Supremo Tribunal Federal, se todas as prestações tiverem sido pagas menos a ultima, o vendedor não poderá exigir a devolução do objecto. Cabe-lhe somente o direito pessoal de reclamar o pagamento da prestação devida, que completa o preço estipulado.

§ 26

DA PROTECÇÃO DAS SERVIDÕES CONTINUAS NÃO APPARENTES E DESCONTINUAS (1)

I. O art. 509 do Código Civil brasileiro dispõe que os preceitos referentes á defeza da posse, vale dizer, as acções de turbação e esbulho, a defeza pessoal da posse, o desforço immediato, a reintegração por acto de jurisdicção graciosa, *não se applicam ás servidões continuas não apparentes, nem ás descontinuas, salvo quando os respectivos titulos provierem do possuidor do predio serviente, ou daquelles de quem este o houve.*

Este dispositivo é transcrição do art. 490 do Código Civil portuguez (2). Delle resulta que a posse das servidões pode ser defendida pelos meios declarados nos paragrafos 17 a 26 deste livro, que correspondem aos arts. 499 a 508, do Código Civil, excepto se a posse for de servidão descontinua ou continua não apparente, á qual somente são applicaveis os remedios possessorios, quando se fundarem taes servidões em titulos provindos do possuidor do predio serviente ou daquelles de quem este o houve.

A razão dessa exclusão das servidões descontinuas e continuas não apparentes é que não se manifestando ellas

(1) ASTOLPHO REZENDE, *A posse e a sua protecção*, n. 358 e segs.; TITO FULGENCIO, *Da posse e das acções possessorias*, ns. 206 e segs.; RIBAS, *Acções possessorias*, parte 2.^a, tit. II, cap. VIII; DIAS FERREIRA, *Código Civil portuguez*, ao art. 490; CUNHA GONÇALVES, *Tratado de direito civil*, III, n. 407.

(2) Com a differença de que o Código portuguez se refere ao proprietario, no passo em que o brasileiro se refere ao possuidor.

por actos visiveis não realizam as condições da posse material, que é um facto correspondente ao exercicio de um direito real sobre coisa corporea.

II. Servidões são restricções impostas á faculdade de uso e gozo do proprietario, em beneficio de outrem (3). Continua é a que subsiste independentemente de acto humano. Diz-se não apparente, quando escapa á inspecção ocular, como a de não elevar edificio mais alto. Ninguem a vê. Mas se tiver por fundamento titulo emittido pelo possuidor do predio serviente, ou daquelles de quem este o houve, o titulo lhe forma, ou gera a posse. Sem elle, não ha, em verdade, manifestação possessoria; consequentemente, não há posse a defender. O mesmo se diz da servidão descontinua, que se exerce por intervallos successivos, como a de transito. Pode ser que a passagem tenha sido concedida por obsequio, ou consentida por mera tolerancia.

O titulo ha de ser passado por quem tenha a posse do predio serviente, ainda que não seja o proprietario. O art. 697 exige, especialmente, a transcripção desse titulo, nas servidões não apparentes, mas essa exigencia se estende a todos os titulos acquisitivos de direitos reaes sobre coisa alheia (art. 675).

III. O Codigo Civil, art. 509, afatou-se do direito anterior, que admittia a posse de qualquer servidão, ainda que fosse não apparente ou descontinua, defendida por acções possessorias e conduzindo ao usocapião.

(3) Este direito real será considerado em capitulo proprio.

§ 26-A

DA IMMISSÃO DE POSSE (1)

Era materia controvertida entre os nossos escriptores, a existencia da acção de immissão de posse, porque as acções possessorias tendem á defeza da posse, e no caso do interdicto *adpiscendae* a posse ainda não existe, vae ser adquirida. O Codigo de Processo Civil acceitou a theoria dos que reconheciam a existencia desse remedio, dando-lhe caracter possessorio.

Os casos, em que é admittida esta acção constam do art. 381 do citado Codigo processual, e já foram referidos no § 19 deste livro. O processo está regulado pelos arts. 382 e 383. Se a acção não fôr contestada, serão os autos conclusos ao juiz, que poderá, desde logo, ordenar a expedição do mandado de immissão de posse; offerecida a contestação, a causa tomará o curso ordinario.

(1) PLACIDO E SILVA, *Commentarios* cit., aos arts. 381 a 383; TITO FULGENCIO, *Da posse e das acções possessorias*, p. 289, onde mostra o fundamento da acção de immissão de posse, em face da theoria objectiva; CARVALHO SANTOS, *Código de Processo Civil*, aos arts. 381 a 383, que, apoiado em COSTA MANSO, ESTEVAM DE ALMEIDA e AZEVEDO MARQUES, contesta a doutrina acceita pelo Codigo de Processo Civil.

§ 26-B

DA ACÇÃO DE NUNCIACÃO DE OBRA NOVA (1)

A acção de nunciação de obra nova é reconhecida pelo Código Civil e regulada pelo Código de Processo Civil (2). Pode proteger a propriedade ou a posse.

Compete a quem considera prejudicial ao seu domínio, outro direito real, ou á sua posse, a obra nova em via de construcção no prédio visinho; e se destina a impedir que o prejuizo se consumma, pela conclusão da obra. O prejuizo, que se tenta evitar com a nunciação de obra nova, é o que se refere á natureza, substancia, servidões ou fins do prédio, diz o Código do Processo Civil, artigo 384. Resumindo, podemos dizer: é o que perturba ou impede o uso legítimo da propriedade ou posse de certo prédio.

O nunciante requererá o embargo da obra nova, para que fique suspensa e seja afinal demolido á custa do nunciado, o que tiver sido feito em prejuizo do nunciante. O pedido pode, ao mesmo tempo, referir-se ao prejuizo causado pela obra nova e á comminação de pena para o caso de inobservancia do mandado para a suspensão da obra (Cod. Processo Civil, art. 385).

Expedido o mandado de embargo, serão citados, se presente, o dono da obra e o constructor, e notificados os

(1) PLACIDO E SILVA, *Commentarios* cit., aos arts. 384 a 392; CARVALHO SANTOS, *Código de Processo Civil*, aos mesmos artigos; CORREIA TELLES e TEIXEIRA DE FREITAS, *Doutrina das acções*, § 95; LAFAYETTE, *Direito das coisas*, § 126.

(2) Código Civil, art. 573; Código de Processo Civil, arts. 384 a 392.

operarios, que se encontrarem na obra, em cujo local deve ser feita a nunciação (Cod. cit., art. 386).

Feitas as citações e notificações, os officiaes, que effectuarem a diligencia, certificarão o estado da obra embargada, lavrando auto circunstanciado, subscripto por duas testemunhas, pelo dono da obra e pelo constructor, se estiverem presentes. O estado da obra pode ser documentado photographicamente, quer pelo nunciante quer pelo nunciado (Cod. cit., art. 387). Nessa phase dos embargos não intervêm peritos.

Depois de lavrado o auto pelos officiaes, irão elles citar o dono da obra nova, para sciencia do embargo, das comminações impostas e offerecimento de contestação no prazo de dez dias, findo o qual, tenha, ou não, sido contestada a acção, toma esta o curso ordinario (arts. 388 e 389).

Segundo CORREIA TELLES, o réo pode oppor:

- 1.º Que o autor não é pessoa competente para embargar a obra;
- 2.º Que a obra não é nova, mas modificação da antiga, sem mudar sua forma;
- 3.º Que estava acabada, quando o embargo foi feito;
- 4.º A prescrição da acção.

Esta ultima defeza perdeu a sua natural efficacia. O Codigo Civil não menciona particularmente; a prescrição da acção de nunciação de obra nova, salvo quanto á abertura de janella, sacada etc. (3). Entrará na genera-

(3) Cod. Civil, 576. V. o § 41, XIV, infra.

lidade do art. 179. Mas é bem de ver que uma obra nova não ficará por dez, vinte ou trinta annos inacabada. E concluida que fôr, já não será essa acção, que defenderá a propriedade, ou a posse, lesada pela nova construcção.

Em qualquer termo do processo, ou em qualquer instancia, o nunciado pode requerer, em auto apartado e sem suspensão da causa, a continuação da obra, dando garantia de demolição e prova de prejuizo com a paralização da obra (art. 390). Se o nunciado violar o mandado, já não poderá ser favorecido com essa faculdade.

Se os donos ou possuidores da obra embargada, forem dois ou mais, a nunciação poderá ser proposta contra todos conjunctamente, ou contra um delles. E' um caso de solidariedade estabelecida por lei; e, como nos casos de solidariedade passiva, o nunciado, que recebe o embargo, tem direito regressivo contra os seus consortes (Cod. do Proc. Civil, art. 391).

Em caso de condominio, ou comosse, do predio prejudicado, qualquer dos condminos, ou compossuidores, poderá intentar a acção (Cod. do Proc. Civil, artigo 392). Não poderá, porem, accrescenta a lei, levantar a importancia, que aos outros consortes couber no valor da indemnização ou multa (paragrapho unico do art. citado).

CARVALHO SANTOS approva a disposição do Código do Processo Civil, quanto á indemnização: o autor, como cada um dos consortes, levanta somente a importancia, que lhe couber no valor da indemnização. Salvo, é claro, se tiver procuração para levantar a somma integral. Discorda, porem, quanto á multa, que deve reverter ao autor, por ser penalidade imposta para o caso de desrespeito ao mandado. Mas, se o condmino fala em nome da communhão, defende o condominio ou a comosse, e

não a parte ideal que lhe caiba, parece-me que não ha razão, neste caso, para distinguir entre indemnização e multa.

§ 27

DA PERCEPÇÃO DOS FRUCTOS (1)

I. Fructos são as utilidades, que a coisa, periodicamente, produz. *Fructus est quidquid ex re nasci et renasci solet*. São as riquezas normalmente produzidas pelo capital. Dizem-se *naturaes*, quando resultam do desenvolvimento proprio da força organica da coisa; *industriales*, se devidas á intervenção do esforço humano; e *civis*, os rendimentos colhidos da utilização da coisa frugifera por outrem que não o proprietario, como as rendas, os alugueis, os foros, os juros.

Quando ainda unidos á coisa, que os produziu, denominam-se *pendentes*; depois de separados são *percebidos* ou *colhidos*; armazenados ou acondicionados para a venda são *estantes*; os que estão ou deviam estar em con-

(1) ASTOLPHO REZENDE, *Manual do Código Civil*, vol. VII, ns. 101 e segs.; TITO FULGENCIO, *Da posse e das acções possessórias*, ns. 221 e segs.; SAVIGNY, *Possession*, § 22; JHERING, *Questões de direito*, p. 175 e segs.: *Sobre a aquisição dos fructos pelo possuidor de boa fé*; WINDSCHEID, *Pandette*, trad. de FADDA e Bensa, §§ 186 e segs.; DIAS FERREIRA, *Código Civil portuguez*, II, ao art. 495, p. 44 e segs.; HERSILIO DE SOUZA, *Da posse*, n. 121; HUC, *Commentaire*, IV, ns. 120 e segs.; AUBRY et RAU, *Cours*, II, § 206; CUNHA GONÇALVES, *Tratado de direito civil*, IV, ns. 408 e 409; AZEVEDO MARQUES, *A acção possessoria*, ns. 27 e segs.; LAFAYETTE, *Direito das coisas*, § 99; *Theoria geral do direito civil*, §§ 39 e 40.

dição de ser colhidos chamam-se *percipiendos*; e os que já não existem têm a designação de *consumidos* (2).

II. O possuidor de *bôa fé* tem direito, *emquanto ella durar, aos fructos percebidos* (Codigo Civil, artigo 510). O fundamento desse direito, segundo as *Institutas*, II, § 35, é a razão natural, que manda compensar o trabalho e o cuidado do possuidor de *bôa fé* com os fructos que haja colhido (*naturali ratione placuit fructus quos percepit, ejus esse pro cultura et cura*).

A verdadeira razão dessa norma, em beneficio do possuidor de *bôa fé*, não pode ser essa compensação da cultura e do cuidado, pois o possuidor de *mã fé* também se esforça por conservar o bem e tornal-o productivo, afim de colher melhor proveito. E' que o possuidor de *boa fé* exerce sobre a coisa possuida os poderes de um legitimo proprietario, que elle suppõe, ser, ou em lugar de um legitimo proprietario, ou tido como tal. O proprietario tem o direito de gozar o seu bem e tirar delle todas as utilidades, entre as quaes se encontram os fructos; o possuidor de *bôa fé*, occupando o posto juridico de proprietario, colhe essas mesmas vantagens inherentes ao direito de propriedade. Nega-se o mesmo direito ao possuidor de *má fé*, porque elle sabe que nem é dono da coisa, nem sobre ella exerce poderes provenientes do dono.

Na expressão *fructos*, comprehendem-se, no caso agora examinado, os productos, que são utilidades retiradas da coisa, em diminuição da sua quantidade, porque não se reproduzem, periodicamente, como os fructos.

(2) COELHO DA ROCHA, *Instituições*, § 83; RIBAS, *Curso de direito civil*, p. 401-406 da 4.^a edição; LAFAYETTE, *Direito das coisas*, § 90; WINDSCHEID, *Pandectas*, § 144; DERNBURG, *Pandectas*, § 78; AUBRY et RAU, *Cours*, II, § 192.

Taes são, por exemplo, as pedras retiradas de pedreiras, os metaes extrahidos das minas.

III. Cessando a bôa fé, desaparece o direito do possuidor quanto aos fructos. Deve entregar os pendentés, mas a lei lhe assegura o direito de deduzir as despesas de producção e custeio (Cod. Civil, art. 511).

Esse direito de deduzir as despesas de producção achase consignado no direito romano e nos Codigos modernos, por ser de manifesta justiça, pois que o possuidor fazendo-as, tornou a coisa capaz de produzir fructos, os quaes, em parte, se devem considerar utilidades em que se transformaram aquelles gastos. Se não colhe os fructos, tem direito ás despesas, que fez para produzil-os, mas que aproveitam a outrem.

Fructus intelliguntur deductis impensis quae quae-rendorum, cogendorum, conservandorumque eorum gratia fiunt, affirmou PAULO (D. 5, 3, fr. 36, § 5).

No mesmo sentido, dispõem:

O Codigo Civil portuguez, art. 495, pr., segunda parte: "se ao tempo, em que cessar a bôa fé, se acharem pendentés alguns fructos naturaes ou industriaes, terá o possuidor direito ás despesas, que tiver feito com essa producção, e, alem disso, uma parte do producto liquido proporcional ao tempo da posse com relação ao da colheita". Esta última parte do Codigo Civil portuguez, além de imprecisa, desvia-se dos principios reguladores da materia, por isso que estabelece condominio nos fructos pendentés entre o reivindicante e o possuidor, quando já está reconhecida a sua má fé.

O argentino, art. 2.426: "Os fructos pendentés, naturaes ou civis, pertencem ao proprietario, ainda quando os civis correspondam ao tempo da posse de bôa fé, indem-nizando o possuidor dos gastos para produzil-os".

O peruano, art. 834: "O possuidor de bôa fé faz seus os fructos". Não distingue entre percebidos e pendentes; e é, precisamente, com relação a estes que ha indemnização de despesas, quando entregue a coisa ao reclamante.

O suíço, art. 939: "O possuidor de bôa fé pode reclamar do reivindicante (3) o reembolso das despesas necessarias e uteis que tenha feito e reter a coisa até ser indemnizado. As outras despesas não lhe dão direito á indemnização; mas elle tem o direito de retirar, antes de restituir, o que uniu á coisa e que pode ser separado sem damno, excepto se lhe fôr offerecida indemnização correspondente. Os fructos percebidos pelo possuidor compensam-se com as despesas, que lhe são devidas".

Outros Codigos tratam da percepção dos fructos, como direito do proprietario, mas contêm normas semelhantnes em relação ao possuidor de bôa fé. Assim é que o Codigo Civil, francez, art. 549, determina: "O simples possuidor somente adquire os fructos no caso de possuir de bôa fé". E no artigo antecedente havia estabelecido que "os fructos produzidos pela coisa só pertencem ao proprietario com o encargo de reembolçar as despesas de lavoura, trabalhos e sementeira, feitas por terceiros".

IV. *Devem ser restituídos os fructos colhidos com antecipação* (Codigo Civil, art. 511, 2.^a parte). Essa antecipação é suspeita, porque faz suppor que a colheita recae sobre fructos, que o possuidor sabe destinados a acompanhar a coisa, que vae entregar, em relação aos quaes não mais se acha *loco domini*.

(3) O texto allemão diz: *der Berechtigte*; o francez usa o termo *demandeur*; e o italiano: *l'avente diritto*.

V. *Os fructos naturaes e industriaes reputam-se colhidos e percebidos, logo que são separados. Os civis reputam-se percebidos, dia por dia* (Codigo Civil, art. 512).

A regra referente aos fructos naturaes e industriaes é universalmente acceita. O possuidor de bôa fé, considera-se em relação á coisa possuida, como proprietario, *loco domini*. Quanto, porem, aos fructos civis, a regra do nosso Codigo Civil, tem por si a razão, pois que não podem ser, physicamente, separados da coisa, que os produz, como acontece com os naturaes e os industriaes, entram, naturalmente, para o patrimonio do possuidor, desde que são produzidos. Todavia, alguns Codigos e alguns autores propugnam a idéa de que os fructos civis somente se adquirem com a *percepção effectiva*, como acontece com os fructos naturaes e industriaes (4).

Em apoio da norma do nosso Codigo infileira-se a maioria dos autores e Codigos dentre os mais modernos, como entre os antigos (5).

VI. Se é a bôa fé que justifica a aquisição dos fructos colhidos e percebidos pelo possuidor, o de má fé responde por elles, *bem como pelos que, por culpa sua, deixou de perceber, desde o momento, em que, se constituiu*

(4) AUBRY et RAU, *Cours*, II, p. 415-417 da 5.^a ed., com apoio em DEMOLOMBE, TOULLIER e outros. Tambem o nosso TEIXEIRA DE FREITAS, *Esboço*, art. 3.793, adoptou essa opinião e com elle o Codigo Civil argentino, art. 2.425.

(5) Entre os autores, citem-se: LAURENT, *Principes*, VI, n. 206; ZACHARIAE, *Droit civil français*, § 201; CUNHA GONÇALVES, *Direito Civil*, III, n. 409; ASTOLPHO REZENDE; TITO FULGENCIO. E entre os Codigos: o allemão, art. 101, n. 2: se os fructos consistem em juros, dividendos ou outras rendas periodicas, o titular pode reclamar uma parte proporcional á duração do seu direito; o francez, art. 586: os fructos referidos reputam-se adquiridos, dia por dia; o hespanhol, 451, 2.^a parte: os fructos civis consideram-se produzidos dia por dia, e pertencem ao possuidor de bôa fé nessa proporção.

em má fé; somente será *indemnizado das despesas da produção e custeio* (Codigo Civil, art. 513); porque sahi-ram do seu patrimonio e não deve o reivindicante locupletar-se com o que não é seu.

Pode acontecer que, de má fé, deixe o possuidor de colher os fructos; mas, igualmente, pode ser que os não tenha percebido sem culpa. Neste ultimo caso não tem responsabilidade,

§ 28

DA RESPONSABILIDADE POR DETERIORAÇÕES OU PERDA (1)

I. Aquelle que, de bôa fé, possui a coisa como sua, *animo domini*, não responde pelas deteriorações, que sofre a coisa possuida, nem, ainda, pela perda integral della. Restitue ao reivindicante a coisa no estado, em que se acha e a nada mais está obrigado (Codigo Civil, artigo 514).

Esse é o principio geralmente adoptado (2); mas o nosso Codigo Civil, no artigo citado, acrescenta: *a que não der causa*. Veio-nos essa restricção do Codigo Civil

(1) ASTOLPHO REZENDE, *Manual do Codigo Civil*, VII, aos arts. 514 e 515; TITO FULGENCIO, *Da posse e das acções possessórias*, ns. 239 a 248; LAFAYETTE, *Direito das coisas*, § 84; COELHO DA ROCHA, *Instituições*, § 749.

(2) D. 5, 3, fr. 31, § 3: *bonae fidei possessor... tunc enim quia quasi suam rem neglexit nulli quaerelae subjectus est*; Codigo Civil allemão, art. 989; suiso, 938; argentino, 2.431; chileno, 906; uruguayo, 704; japonéz, 191; AUBRY et RAU, *Cours*, II, § 219; ZACHARIAE, § 218.

portuguez, art. 495; mas não se justifica, em relação ao possuidor pleno, que tem a coisa como sua, porque o proprietário não tem que prestar contas das deteriorações por elle mesmo praticadas no que tem, convictamente, como seu.

Como bem notou TITO FULGENCIO (3) essa restrição somente se applica á posse directa, em que o possuidor não tem a posse plena e sim, a que lhe é concedida, temporariamente, sobre coisa alheia. E' precisamente, por ser a coisa de outrem, que o possuidor directo responde pelas deteriorações e pela perda occorrida por sua culpa, pois que deve administrar ou utilizar a coisa alheia, com zelo, sendo ainda mais rigorosa a sua responsabilidade quando lhe cabe, tão somente, a guarda, sem direito de uso, ainda que para garantia de credito seu.

II. *O possuidor de má fé responde pela perda, ou deterioração da coisa, ainda que accidentaes* (Codigo Civil, art. 515), porque commette acto illicito aquelle que, voluntariamente, viola direito alheio, ou, mais particularmente, se apodera do que lhe não pertence; e pelo acto illicito responde o agente. No caso da posse de má fé, o direito fixa a responsabilidade do possuidor na restituição dos fructos e na reparação das deteriorações, ou da perda, porque taes são os prejuizos causados, a quem tinha direito de possuir o bem usurpado.

Assim não será, *se provar que, do mesmo modo, se teriam dado as deteriorações (ou a perda), se a coisa estivesse na posse do reivindicante* (Codigo Civil, art. 515, segunda parte), pois, nesse caso, os danos teriam occorrido sem culpa do possuidor. E' uma attenuação, que se concede, egualmente, em caso de mora, *se o devedor prova*

(3) *Op. cit.*, n. 241.

que o damno sobreviria, ainda quando a obrigação fosse opportunamente desempenhada (Codigo Civil, art. 957).

E' um principio de equidade, que, neste caso, determina a isenção da responsabilidade, apesar do estado geral de culpa, em que se acha o possuidor de má fé. Seria, realmente, iniquo, se o possuidor, ainda que de má fé, respondesse por deterioração ou perda, que se daria, necessariamente, se a coisa se achasse em poder do reivindicante.

§ 29

DAS BEMFEITORIAS (1)

I. *Bemfeitorias são as obras ou despesas, que se fazem num movel, ou num immovel de outrem para conserval-o, melhora-l-o ou, simplesmente, embellezal-o.*

São accessões industriaes ou despesas feitas com a coisa. Mas nem todas as obras feitas em coisa alheia entram na classe das bemfeitorias. A especificação não é bemfeitoria, como, a rigor, não o são todas as construcções e plantações em terreno alheio. Obras em construcções já existentes, plantações em campos destinados á cultura constituem bemfeitorias. Despesas para conservação e melhoramento da coisa, ainda que não appareçam exteriormente, são bemfeitorias.

(1) *Theoria geral do direito civil*, § 40; LAFAYETTE, *Direito das coisas*, § 40; PLANIOL, *Traité*, I, ns. 1.171 e 1.172; AUBRY et RAU, *Cours*, II, § 219; TITO FULGENCIO, *Da posse e das acções possessorias*, ns. 249-268; ASTOLPHO REZENDE, *Manual do Codigo Civil*, VII, aos arts. 516-519; CUNHA GONÇALVES, *Tratado de direito civil*, III, n. 410; DIAS FERREIRA, *Codigo Civil portuguez*, II, aos arts. 497 a 503.

II. Apresentam-se ellas sob tres especies: necessarias, uteis e voluptuarias.

Necessarias são as que têm por fim conservar o bem ou evitar a sua deterioração. Impensae necessariae sunt quae, si factae non sint res aut peritura aut deterior futura sit, disse PAULO (D. 50, 17, fr. 79, pr.).

Uteis são as que augmentam ou facilitam o uso da coisa. Utiles impensas esse, Fulcinius ait, quae meliorem dotem faciunt, deteriore dotem non sinant, ex quibus reditus mulieri adquiratur (D. cit., § 1.º).

Voluptuarias são as de mero deleite ou recreio, que não augmentam o uso habitual da coisa, ainda que a tornem mais agradável, sejam ou não de grande valor (2). Voluptuariae sunt quae specie dentaxat ornant, non enim fructum augent (D. cit., § 2.º).

III. O possuidor de bôa fé tem direito á indemnização das bemfeitorias necessarias e uteis, bem como, quanto ás voluptuarias, se lhe não forem pagas, a levantá-las, quando o puder, sem detrimento da coisa (Codigo Civil, art. 516).

Funda-se essa regra, no principio de que ninguém pode locupletar-se com o alheio. E as bemfeitorias são valores appostos á coisa. Se realizadas pelo possuidor de bôa fé, a elle pertencem; portanto o evictor, que as leva com a coisa evicta, deve indemnizá-las. Para garantia dessa indemnização, a lei concede ao possuidor de bôa fé o direito de retenção (Codigo Civil, art. 516, ultima parte), menos quanto ás voluptuarias, que, sendo de mero adorno ou recreio, apenas podem ser levantadas quando possam ser retiradas sem se damnificar a coisa (*jus tollendi*).

(2) Essas definições constam do Codigo Civil, art. 63.

Por outro lado, a sociedade lucra, de modo geral, com os melhoramentos introduzidos nos bens dos particulares; e, tendo interesse em que elles se façam, protege-os com as garantias legais.

IV. Para que as bemfeitorias necessarias e uteis sejam indemnizadas, é necessario:

a) Que tenham sido realizadas pelo possuidor, porque são valores por elle incorporados ao bem; representariam damno ao seu patrimonio, se não fossem pagos. Os melhoramentos devidos a accessão natural ou a trabalho de outrem, é bem de ver que lhe são estranhos ao patrimonio. Não ha vinculo de causalidade entre elles e o possuidor.

b) Que existam ao tempo da evicção (Codigo Civil, art. 518), porque as que desapareceram, pois que não existem, não irão enriquecer o evictor, illicitamente.

Esta regra refere-se, particularmente, ás bemfeitorias, que se materializam em melhoramentos ou accrescimos do bem. Mas as despesas, que nelle se incorporam, sem deixar vestigio material, como o pagamento de impostos, a de feza da posse pelos meios, que o direito faculta, devem ser levadas em conta, quando aproveitem ao reivindicante.

c) Que na compensação com os danos (Codigo Civil, art. 518) excedam o valor destes. O excesso em favor dos melhoramentos é que deve ser indemnizado.

Na indemnização das bemfeitorias, o *reivindicante pode optar entre o valor actual e o custo dellas* (Codigo Civil, art. 519), porque o reivindicante deve indemnizar as vantagens, o accrescimo de utilidades, que, realmente, lhe advenha. Por outro lado, pode o valor actual resultar accrescido por causas extranhas ao possuidor, e não é justo que elle colha vantagens dessa circumstancia, com prejuizo do reivindicante.

V. O possuidor de má fé goza as utilidades do bem que sabe ser alheio. Quando o restitue, não pode reclamar senão as bemfeitorias necessárias, porque estas impediram que a coisa percesse ou se estragasse (Codigo Civil, artigo 517). Foi como que um gestor de negocios, sob essa relação; mas somente se lhe devem indemnizar as despesas necessarias, de conservação, porque de má fé se aposara do bem alheio. E não lhe concede a lei direito de retenção para garantia do resarcimento.

O Codigo Civil portuguez, art. 502, concede ao possuidor de má fé, resarcimento pelas bemfeitorias uteis e necessarias; o argentino autoriza o possuidor de má fé a repetir os melhoramentos, que tenham augmentado o valor da coisa (art. 2.441) e concede o direito de reter o bem até ser embolçado das despesas necessarias, contanto que a sua posse não se origine de furto (art. 2.440). O hespanhol, arts. 453 e 454, tal como o brasileiro, albona ao possuidor de má fé, somente, as despesas necessarias, sem comtudo, conceder-lhe direito de retenção. Ainda como o brasileiro, não recusa ao possuidor de má fé o *jus tollendi*, quanto aos adornos com que tenha embellezado a coisa principal.

Por direito romano, o possuidor de má fé podia reclamar as despesas necessarias e levantar as uteis e as voluptuarias. Exceptuava-se dessa regra o ladrão, que nenhum direito podia allegar (3).

(3) GIRARD, *Droit romain*, notas: 1 e 2, á p. 333 da ed. de 1911; e 4 ás p. 343 a 344. Aliás os textos romanos não são precisos. V. C. 3, 32, lei 5; 8; D. 6, 1, fr. 27, § 5; 12, 6, 33. O mesmo romanista, á p. 907, *in fine*, diz que o possuidor de má fé pode reter as despesas necessarias, et en outre, probablement à raison de l'obligation de gérer dont il est considéré comme tenu, les impenses utiles. E cita, em seu apoio, PAULO, D. 5, 3, fr. 38, que exceptua somente o ladrão. E dá a razão de sua opinião o jurisconsulto romano: *non enim, debet petitor ex aliena jactura lucrum facere*.

§ 30

DA PERDA DA POSSE (1)

I. Perde-se a posse das coisas corporeas, desde que ellas não se acham mais em posição conforme ao modo pelo qual o proprietario costuma utilizal-as. Perde-se a posse dos direitos reaes, desde que cessa a possibilidade de exercel-os.

O Codigo Civil brasileiro, tomando por modelo o portuguez, art. 482, enumera quatro modos de perda da posse e acrescenta por sua conta mais um. Taes são: o abandono, a tradição, a perda ou destruição da coisa, a collocação della fóra do commercio, o desapossamento pelo facto de outrem, quando não reintegrado o possuidor e o constituto possessorio (art. 520).

II. Dos Codigos estrangeiros alguns seguem systema semelhante ao do nosso, enumerando modos varios de perda da posse. Assim dispõem: o hespanhol, art. 460; o argentino, 2.451 a 2.459; o uruguayo, art. 655; o mexicano, art. 828; o chileno, 724 a 726. Outros preferiram uma formula synthetica, abrangendo todas as possibilidades. Adoptou essa norma o Codigo Civil allemão, ar-

(1) LAFAYETTE, *Dir. das coisas*, §§ 15 e 16; RIBAS, *Da posse e das acções possessorias*, p. 144 a 165; ASTOLPHO REZENDE, *Manual do Codigo Civil*, VII, ns. 128 a 151; TITO FULGENCIO, *Da posse e das acções possessorias*, ns. 272 a 297; CUNHA GONÇALVES, *Tratado de direito civil*, III, n. 402; SAVIGNY, *Possession*, §§ 30 e 31; WINDSCHEID, *Pandette*, I, §§ 156 e 157; DERNBURG, *Pandette*, §§ 182 e 183; AUBRY et RAU, *Cours*, II, § 179; ENDEMANN, *Lehrbuch d. b. R.*, § 36; KOHLER, *Lehrbuch d. b. GB.*, § 12, *vue*, de acordo com a sua opinião sobre a posse, observa: "Um instituto, que não pertence á ordem juridica, não pode ser tratado segundo os principios fundamentaes da ordem juridica."

tigo 856: Extingue-se a posse, quando o possuidor abandona o seu poder de facto, ou por outro modo o perde. Um obstaculo temporario do exercicio do poder de facto não põe termo á posse (2).

III. Cabe ponderar, quanto á tradição, a que se refere o nosso Codigo Civil, art. 520, II, que ella não determina perda da posse senão quando é feita com o intuito de transferir a posse. No caso de posse directa, a tradição da coisa, sem extinguir a posse originária cria a derivada, como no caso do arrendatario. Com a tradição da coisa ao arrendatario, este adquire a posse directa ou derivada; mas o proprietario não perde a sua posse indirecta ou originaria.

IV. Perde-se a posse dos direitos reaes, desde que se torna impossivel exercel-os juridica ou physicamente (Codigo Civil, art. 520, paragrapho unico).

O Codigo Civil da Austria distingue entre direitos registrados nos livros publicos e não registrados. Dos primeiros perde-se a posse, quando cancellado o registro ou transferido para outro nome. Para os direitos não registrados nos livros publicos, cessa a posse, quando a parte contraria declara não mais querer prestar o que anteriormente fazia; ou não tolera mais o exercicio do direito alheio; ou não respeita mais a prohibição de omittir alguma coisa, desde que o possuidor, em qualquer desses casos, consente ou não recorre á justiça para reaver a posse (artigos 350 e 351).

V. Ao que não se acha presente no logar em que se dá a violação da sua posse, esta somente se considera

(2) Foi esta a orientação adoptada pelo Projecto primitivo, artigo 601, collocando-se, porem, no ponto de vista da theoria objectiva.

perdida, quando elle se abstem de retomar a coisa, tendo noticia da sua occupação por outrem, ou quando, tentando retomal-a é violentamente repellido (Codigo Civil, artigo 522).

VI. O Codigo Civil, art. 521, admitte a reivindicção de coisas moveis, inclusive os titulos ao portador.

Quanto aos moveis em geral, nada se oppõe, realmente, á sua reivindicção. Note-se, desde já, que o Codigo Civil brasileiro não accitou a regra do francez, artigo 2.279: — *en fait de meubles la possession vaut titre*, que, ainda applicada somente á posse de bôa fé, é assás absoluta, tem incorrido na censura dos juristas, mesmo francezes e vae sendo entendida diversamente (3). Depois considere-se que, pela tradição, se transfere a posse, mas o acto translativo do dominio, no caso, é a tradição, não o facto da posse.

Com referencia aos titulos ao portador, o Codigo, visando somente o papel que o corporiza, como objecto material, faculta a sua reivindicção. Mas o art. 1.509 declara que *a pessoa injustamente desapossada de titulos ao portador só mediante intervenção judicial poderá impedir que ao illegitimo detentor se pague a importancia do capital ou seu interesse*. E a intervenção judicial indicada differe, essencialmente, da reivindicção. Pelo conceito e função do titulo ao portador, dada no Codigo Civil brasileiro, elle não é reivindicavel. Para conciliar a collisão desses preceitos legaes, não podendo eliminar o art. 521, opinei que, dado o desapossamento injusto do titulo ao portador, o seu proprietario usará das regras estatuidas

(3) Veja-se o magistral estudo de SALEILLES a respeito no livro — *Possession des meubles*, p. 67-274 da ed. de 1907.

pelo Código Civil, art. 1.509; mas se o caso fôr de perda ou furto lhe será facultada a acção reivindicatoria (4).

Accrescenta o art. 521, § unico: — *Sendo o objecto comprado em leilão publico, feira ou mercado, o dono, que pretender a restituição, é obrigado a pagar ao possuidor o preço por que o comprou.*

Em attenção á solemnidade do leilão e á situação especial do commercio em feira ou mercado, attenua-se o rigor da regra emittida acima.

(4) Foi por inadvertencia que a Commissão do Governo trasladou do Código Civil italiano, arts. 708 e 709, esse dispositivo para o nosso. O Projecto primitivo não o continha.

Da Propriedade e do Direito autoral

TITULO III

DA PROPRIEDADE E DO DIREITO AUTORAL

CAPITULO I

DA PROPRIEDADE EM GERAL

§ 31

DADOS BIOPSYCHICOS

Inspirando-se em LOTZE, escreveu o sabio economista, Gustavo SCHMOLLER (1) que as nossas acções têm por fundamento ultimo os sentimentos de prazer e dor (1-a). E' o mesmo que, em verso, disseram SCHILLER e GOETHE, tomando por ponto de partida a fome, modalidade da dor, e o amor, forma do prazer, ainda que os

(1) *Principes d'économie politique*, trad. de Platon, I, § 11.

(1-a) Sobre o thema — o prazer e a dor — AMELIA DE FREITAS BEVILAQUA fez uma conferencia na Faculdade de medicina do Recife.

sentimentos invocados pelo economista sejam elementos psychicos mais geraes, no sentido de mais estensos e mais profundos.

Naturalmente, esses sentimentos de puros animaes, que eram, positivamente, os homens, em sua origem, desenvolveram-se com a marcha da cultura, tomaram feições ideaes mais elevadas, mais puras, mais variadas, crearam novas manifestações da sensibilidade, transformaram idéas e concepções, á medida que os homens se organizavam em circulos sociaes de familia, de clan, e de povo sob a forma de nação; mas, na essencia e nas ultimas raizes, estão os apontados estados d'alma.

Esses sentimentos impellem a creatura humana (como tambem os outros animaes) a buscar, no mundo exterior, o que lhe dê prazer e lhe evite a emoção contraria. Formam-se, assim, impulsos, inclinações diversas, entre as quaes o denominado instincto de conservação, que é força activa, de apropriação dos bens da vida, e defensiva, para assegurar, com a propria existencia individual, a desses mesmos bens.

Como, porem, o homem vive em sociedade, a apropriação dos bens e a sua defeza assumem formas sociaes, sem todavia, eliminar, inteiramente, ou em porção excessiva, o impulso individual.

O movimento biopsychico da apropriação tende a satisfazer necessidades de momento; quando a intelligencia intervem, orientada pelos factos, com a idéa de previdencia, o acto da apropriação adquire estabilidade, a principio, naturalmente precaria, mas, progressivamente, ganhando segurança e duração. Originou-se, então, na sociedade humana, o phenomeno economico-juridico da

propriedade, que, tambem, se manifesta, rudimentarmente, sob a forma de instincto, em certos animaes, que guardam, depois de satisfeita a fome, a presa ou a ração, para utilizal-as depois, e as defendem *unguibus et rostro*.

§ 32

NOÇÕES HISTORICAS EM GERAL (1)

I. Os homens primitivos, naturalmente, se consideravam senhores daquillo de que se apoderavam, para satisfazer as proprias necessidades, pois que até em animaes se observa esse sentimento. Mas sobre as coisas moveis de uso, e não destinadas ao consumo immediato, como armas e instrumentos de caça e pesca, é que já se manifesta uma projecção da personalidade, sobre o mundo externo, ligando o objecto ao sujeito.

(1) HERMANN POST, *Die Grundlagen des Rechts*, 1884, § 36; o mesmo, *Grundriss der Ethnologischen Jurisprudenz*, II, § 174; R. DARESTE, *Nouvelles études d'histoire du droit*, I, p. 76-79 da ed. de 1902; SUMMER MAINE, *Etudes sur l'ancien droit et la coutume primitive*, trad. franceza, 1884, p. 391 e segs.; L. BEAUCHET, *Histoire du droit privé de la Republique athenienne*, III; SPENCER, *Sociologie*, 1893, III, p. 717 e segs.; F. LENORMAN, *Les premières civilisations*, 1874, 2 vols.; CIMBALI, *La nuova fase del diritto civile*, cap. VII; D'AGUANO, *La genese e l'evoluzione del diritto civile*, cap. VIII; QUEIROZ LIMA, *Sociologia juridica*, 1922, p. 179 e segs.; MARTINS JUNIOR, *Historia geral do direito*, 1898; FRANCESCO COSENTINI, *La riforma della legislazione civile*, 1911, parte segunda, cap. III; P. COGLIOLO, *Saggi sopra l'evoluzione del diritto privato*, 1885, cap. XIV; minha *Criminologia e direito*, p. 133 a 245; e meus *Estudos juridicos*, caps. I a III; minhas *Licções de legislação comparada*, cap. XXIV; SALVAT, *Derecho civil argentino, derechos reales*, I, numeros 594 e segs..

O solo occupado não pode ainda ter caracter individual; a relação entre elle e a pessoa é posse economica da collectividade, porque somente esta pode, efficaçmente, defendel-a.

Entre os indios do Brasil, ao tempo da descoberta, havia, ao menos em certas tribus, posse commum das coisas uteis, entre os habitantes da mesma oca, estando apenas individualizada a propriedade de certos moveis, como rede, armas e utensilios de uso proprio. O dominio territorial, esse não existia, absolutamente. O solo era possuido em commum pela tribu inteira, e isso mesmo, temporariamente, porquanto, de tempos em tempos, se levantava o grupo, abandonava asocas, e mais longe ia fixar os seus lares, não se demorando em um local, ordinariamente, mais de cinco a seis annos (2).

II. Com a cultura das terras, foi-se accentuando o sentimento da propriedade individual, porque o trabalho productivo, creando, regularmente, utilidades correspondentes ao esforço empregado, estabilizou o homem e, prendendo-o mais fortemente, ao solo dadivoso, deu-lhe personalidade differenciada. E com o estabelecimento do Estado, os direitos individuaes adquiriram mais nitidez e segurança. HERMANN POST faz coincidir a nova phase da posse economica originaria, com o apparecimento do Estado, que substituiu a associação de paz (*Friedens-genossenschaft*), transformando o associado desse grupo em cidadão. Gera-se, nessa quadra, uma relação juridica para um sujeito individual de direito, e o Estado protege essa

(2) *Criminologia e direito*, cap. V da segunda parte: *Instituições e costumes juridicos dos indigenas brasileiros no tempo da conquista*. Estudo haurido de chronistas, indianologos e naturalistas: CARDIM LERY, ABEVILLE, WALLACE, BAPTISTA CAETANO, D'ORBIGNY, GONÇALVES DIAS, COUTO DE MAGALHÃES. MARTIUS, não consultado então, confirma o que se expõe no texto.

relação da pessoa para a coisa, mediante a coacção jurídica.

Devemos, porem, affirmar que o direito preexiste ao Estado, pois não cabe esse nome aos agrupamentos primitivos, organizados para a defeza dos seus proprios componentes (clan, tribu, *gens*, *genos*, *sippe*) (3). Com o Estado, elle se robustece e systematiza. O direito é criação da sociedade, não. do Estado.

III. Vejamos, em traços rapidos, as formas da propriedade, em sua evolução através das legislações dos povos antigos.

a) O mais antigo codigo de leis, que se conhece, é o do rei babylonio HAMMURABI. Ainda que incompleto, é admiravel pela sabedoria que, em grande parte, o caracteriza (3-a). Regula esse velho corpo de leis, com muita minucia, o arrendamento de casas, vergeis e terrenos de cultura, o que mostra que, na Mesopotamia, quinhentos annos antes de Moisés, já se tornara privada a propriedade dos immoveis. A mulher trazia para o lar conjugal um dote proveniente de sua familia e recebia tambem um dom nupcial da parte do marido. Taes contractos presuppõem a propriedade privada.

(3) Veja-se GIORGIO DEL VECCHIO, *Sobre a estatualidade do direito*, traducção portugueza, Coimbra 1938, p. 6 a 11, e, particularmente a nota 1 ás p. 8 a 10, e p. 5-7 da ed. italiana de 1929; JHERING, *El espirito del derecho romano*, Madrid, 1895, I, p. 127 e segs., 131 e segs.; H. POST, *Grundlagen des Rechts*, § 3.

(3-a) DARESTE, *Nouvelles études d'histoire du droit*, II, p. 1 a 40; E. BESTA, *Le leggi di Hammurabi*, na *Rivista italiana di sociologia*, 1904, p. 172 e segs.; TELONI, *Documenti giuridici di Babylonia*, Rivista cit., 1903; HERSILIO DE SOUZA, *Novos direitos e velhos codigos*, 1924, Recife, p. 117 e segs. HERSILIO tomou por guia P. BONFANTI, *Le leggi di Hammurabi*.

b) O *Egypto* apparece na historia como sociedade organizada sob regimen monarchico, de character sacerdotal e com a população distribuida em castas. A propriedade collectiva já se dissolvera, ao tempo de Bocchoris, que adoptara a liberdade dos contractos. Os bens se transferiam por accordo do vendedor e do comprador sobre a coisa, que o primeiro entregava ao segundo com os titulos da propriedade, e recebia o preço; ou por um acto judicial, consistente na transmissão da posse ao comprador, cujo nome substitua o do vendedor nos livros do cadastro, pago, naturalmente, o preço. Havia ainda a translação da propriedade por juramento do vendedor; mas diz DARESTE que a pouco e pouco entrara em desuso essa forma de alienação.

c) Entre os hebreus, as terras eram redistribuidas de cincoenta em cincoenta annos (jubileu), de modo que a venda de propriedades territoriaes era sempre limitada dentro desse espaço de tempo, o que parece persistencia de anterior forma collectiva do dominio do solo. As vendas de immoveis eram sempre feitas com o pacto de retrovenda, cujo direito podia ser exercido pelo parente mais proximo do alienante. Exceptuavam-se desta ultima regra as casas dentro dos muros da cidade, cuja venda se tornava irrevogavel, cessando o direito de retracto depois de um anno. As casas dos levitas, mesmo nas cidades, podiam sempre remir-se (4).

d) O *direito mussulmano* é um tanto incoherente em relação á propriedade. Coexistem a propriedade collectiva, reflectida na instituição da *cheffa* ou retracto de indivisão, e a individual. Cultivar a terra é bastante para

(4) *Levitico*, XXV, vers. 10-30. As terras de uma tribu não passavam para outra (*Numeros*, XXX, VI).

incorporal-a ao patrimonio do lavrador; mas, se apparecer alguem com titulo de mais antigo dominio, prevalecerá o direito deste, ainda quando a posse do primeiro haja durado muitos annos, pois que não havia usocapião, excepto para algumas seitas, como a dos malequitas, que não aceitavam a reivindicacão de terras possuidas por mais de dez annos entre estranhos e por mais de quarenta entre parentes (5).

e) No *Perú* sob o imperio incaico, as terras eram divididas: uma parte era consagrada ao sol, e suas rendas se applicavam ao culto religioso; outra pertencia ao imperador e á sua familia; da terceira dispunha o povo. Cada casal tinha direito a um lote de terra e a uma casa, porem todos os annos havia revisão dos lotes, para attender ás necessidades das familias (5-a).

f) Na *India*, a propriedade já alcançara a phase do individualismo, antes do *Codigo de Manu* (*Manava Dharma Sastra*). A propriedade pode ser adquirida por compra, herança, execuçãõ ou achado. Mais tarde, a doaçãõ, que, a principio, era modo de adquirir especial dos brahmanes, tornou-se de direito commum. A industria e o commercio tambem se destacaram entre os modos de adquirir. Finalmente, firmou se o usocapião de dez ou vinte annos, quando o titulo da posse não era sufficiente. Se o bem fosse possuido por quatro gerações successivas, o direito de propriedade tornava-se indiscutivel, ainda que não pudesse o proprietario exhibir titulo.

(5) DARESTE, *Études d'histoire du droit*, 1889, p. 60-61.

(5-a) LANDRY, na *Grande encyclopédie*, vb. *Propriété*, p. 775 do vol. 27.º. Este regimen dizem que foi instituido pelo inca Manco Capac; melhorado por seus successores, subsistia ao tempo da conquista hespanhola.

A principio, a venda podia ser desfeita, dentro de dez dias, á vontade de qualquer das partes, e decorrido esse prazo, mediante certa multa; depois o prazo foi encurtado para tres dias, decorrido o qual a alienação se tornava irrevogavel.

g) A propriedade immovel, na *Grecia*, segundo FUSTEL DE COULANGES nas *Nouvelles recherches* citadas por BEAUCHET (6) apresenta-se como indivisão, como propriedade individual, e como propriedade familiar.

No regimen da indivisão, a terra pertence á collectividade (tribu ou povo). Cultivavam-na por dois modos: ou todos os individuos trabalhavam em commum, para dividirem, depois a colheita; ou cada um cultivava a sua gleba, tirando para si as vantagens, e, passado certo tempo, mudava de lote. Em ambas essas modalidades, a terra é inalienavel, não ha successão legal nem testamento.

No regimen da *propriedade individual*, o solo pertence ao individuo, que a podia vender, doar ou transmitir por testamento a quem lhe parecesse.

O terceiro regimen é o da propriedade pertencente á familia; transmite-se por herança, não passa ás mulheres, para não sahir da familia, não se vende nem se transmite por testamento, salvo se toda a familia, excepcionalmente, consente.

Ao tempo de Pericles, somente se praticava, em Athenas, o regimen da *propriedade individual*. E, nas leis de Solon, é tambem este o adoptado.

ARISTOTELES enumera, entre os modos de adquirir a propriedade, a caça, a pesca, a guerra e o contracto (7).

(6) *Op. cit.*, p. 58 do III vol..

(7) *Politique*, trad. Thurot, liv. I, caps. 3 e segs..

Parece que, no regimen da propriedade individual, a propriedade se transferia *solo consensu inter partes*. Os historiadores do direito grego encontram certa obscuridade nos documentos examinados, de onde resultam divergencias na respectiva interpretação.

Os direitos reaes sobre coisa alheia do direito hellenico são: servidões, penhor, *hypotheca*, e *emphyteuse*.

h) Direito germanico. Antigos documentos germanicos provam a existencia da propriedade individual, ao lado da *communhão* de certos agrupamentos, cujos bens não podem ser alienados, ou se destinam ao uso da comunidade, ou a certos membros della. A propriedade individual é transferivel; sobre os bens da *communa*, os particulares não têm direito, de apropriação.

O nome que designa o direito de propriedade na Alemanha de nossos dias (*Eigenthum*), informa SCHULTE, começou a ser usado no seculo XV. Anteriormente, a qualidade de proprietario se exprimia por uma *periphrase*.

Os modos de adquirir são, com pequena differença, os que se encontram nas legislações actuaes. Ha, entretanto, a considerar a *traditio, sala* ou *salunga*, que consistia na cessão do bem por acto solemne de justiça (*in mallo publico*), ou numa igreja, ou perante testemunhas, sendo o acto executado por meio de symbolos, em virtude dos quaes o alienante se despojava do seu direito e o transmittia ao adquirente, que tomava posse do immovel pela investidura (*vestitura, Einweisung*). Depois do seculo XII, diz SCHULTE, de quem extrahi estas informações, a translação juridica da propriedade realiza-se perante o tribunal da situação do immovel. Nas cidades, a formalidade do registro em livros adequados foi praticada, desde cedo. Em vez desse registro era costume tambem depositar, em caixas especiaes, copias dos actos translativos da propriedade. Depois dessa trans-

ferencia vinha a transmissão da posse pelo juiz, ou o escabino ou pelas partes deante de testemunhas (8).

As coisas moveis transmittiam-se de mão em mão, sem solemnidade.

i) *Propriedade feudal*. O feudalismo imprimiu feição particular na propriedade. A principio, os feudos foram simples beneficios dados em usufructo, sob a condição de serem prestados certos serviços, principalmente militares (9). Eram temporarios ou vitalicios; mas, depois, tornavam-se perpetuos, indivisiveis e somente transmissiveis pela linha masculina. A terra pertencia ao senhor; a terra era o fundamento do poder, da autoridade. O senhor, concedendo terras, obtinha homens, que lhe deviam prestações, e consequentemente, eram seus vassallos. Por sua vez, o feudatario, com o desenvolvimento do regimen, podia fazer concessões semelhantes, a vassallos seus, continuando, sempre, vinculado ás obrigações, que lhe impuzera o suzerano.

O feudalismo não foi, de todo, extranho a Portugal; e os institutos do censo e do morgadio são de character feudal, assim como offerece feição feudal a constituição das capitánias hereditarias, em que foram divididas, no principio do seculo XVI, as terras do Brasil (10).

Com a transformação social operada pela revolução franceza, extinguiu-se o direito feudal no occidente, restando apenas alguns vestigios, que vão se apagando. O Codigo Civil francez levou tão longe a reacção que aboliu os fideicommissos, a emphyteuse e outras formas juridicas, em

(8) SCHULTE, *op. cit.*, § 148.

(9) *Fee*: recompensa; *od*: bem de raiz.

(10) CH. MORTET, *Grande encyclopédie*, vb. *Féodalité*, no vol. 17, p. 191 a 222; CESAR CANTU, *Historia universal*, ed. ANTONIO ENNES, volume VIII, p. 335-368; GUIBOT, *Histoire de la civilisation en Europe*, 1873, p. 93-124; MARTINS JUNIOR, *Historia do direito nacional*, p. 155-177 (com respeito ás capitánias hereditarias).

que, impropriamente, se viam resquícios de feudalismo, que era o *direito odioso*, le droit haineux.

Cumprе notar que ao lado dos feudos, subsistiram terras livres (*allodiaes*), em particular as possuidas antes das doações remuneratorias acima referidas.

§ 33

NOÇÕES HISTÓRICAS. DIREITO ROMANO

I. PADELLETTI, em livro de grande merito (1) sustenta que até os mais afastados tempos de Roma, o conceito de propriedade é absoluto e exclusivo no pae de familia, "sendo de rejeitar-se a supposição de que, em epoca historica, ou na que immediatamente a precedeu, não tenha existido senão uma propriedade communal, e que a propriedade privada se estabelecera com a admissão da plebe no Estado". Essa opinião é combatida por outros romanistas e historiadores, que ou sustentam o collectivismo originario da propriedade na Roma primitiva, ou, pelo menos, a phase da communhão familiar (2).

(1) *Storia del diritto romano*, Firenze, 1886, cap. VIII e nota 1; JHERING, *spirito del derecho romano*, trad. Latorre, I, p. 132-143, 232 e 233.

(2) Vejam-se: CUQ, *Institutions juridiques des romains*, I liv. III, cap. I; GIRARD, *Droit romain*, 5.^{me} ed., p. 258-262; CARLE, *Le' origini del diritto romano*, 1888, n. 48 e segs.; B. W. LEIST, *Graeco-italische Rechtsgeschichte*, que se propõe a provar a connexão entre o direito grego e o romano, fundada na communhão de raça, *passim*. Em geral os autores invocam a opinião de NIEBHUR e MOMMSEN.

II. Segundo CUQ distinguem-se as seguintes modalidades de utilização das terras nos primeiros tempos de Roma:

a) *Communhão agraria*. Todos os membros da tribo podem utilizar-se do solo, que ella occupa, quer explorando-o em *commum* e dividindo os fructos; quer se faça o cultivo, temporariamente por familias, em lotes, que, no fim de certo tempo, voltam para a tribo. Os individuos, neste regimen, têm apenas direito de gozo. As terras são inalienáveis.

b) *Propriedade familiar*. O chefe de familia recebe certa porção de terra, por tempo indeterminado, cultiva-a durante a vida e, depois de sua morte, passa aos filhos. Se morre sem descendentes, a terra é devolvida á tribo. O chefe de familia dirige a cultura do immovel, mas não o pode alienar em vida nem o transmittir por testamento, porque o bem é da familia e não delle, pessoalmente. As mulheres não herdam.

c) *Propriedade individual*. O proprietario pode, livremente, dispor de seu bem, quer por acto entre vivos, quer por testamento.

Não se trata aqui de apresentar a evolução do direito de propriedade entre os romanos, e sim de dar rapidas indicações, no intuito de mostrar semelhanças e diferenças com o evolução e o direito em outros povos. Sendo o direito privado patrio forma evolutiva do romano, a cada passo será elle invocado no curso deste livro, que trata de um ramo do direito, em que a influencia do romano se faz sentir de modo consideravel.

III. Com o correr dos tempos, crescimento da população e estensão do dominio politico sobre os povos vencidos, o direito romano se foi modificando, e com elle a organização da propriedade. Elevou-se a evolução até attin-

gir a essa forma superior do pensamento juridico, denominada direito classico, objecto da admiração de quantos meditam sobre as regras e preceitos, que a sabedoria romana extrahiu das multiplas relações, que constituem os tecidos, órgãos e apparatus da vida social.

Desappareceram os regimens da propriedade collectiva e familiar. Subsiste, exclusivamente o individual. O proprietario dispõe, livremente, do seu patrimonio, e o seu direito prevalece contra todos. A propriedade do solo abrange o que está acima e embaixo, e tudo quanto se incorpora ao solo como plantas e edificações. Mas o interesse social lhe impõe certas restricções necessarias á manutenção da coexistencia. São numerosas essas restricções, em favor da navegação e da pesca (*usus publicus ripuarum*). O direito de visinhança dos romanos merece uma referencia, ainda que incompleta, para mostrar que a propriedade não era, como se costuma dizer, direito absoluto. Os campos de cultura deviam ter, nos limites, uma faixa de dois pés e meio não plantada, afim de, unida á faixa do visinho formar entre os dois campos um caminho de cinco pés (*ambitus*); o proprietario de um immovel rural deve consentir que a arvore do visinho estenda os seus ramos sobre o seu terreno, se fôr a uma altura de quinze pés; permittir que o visinho venha apanhar os fructos, que cahirem sobre o seu terreno; e não impedir que passem por seu predio as aguas, que desçam, em curso natural, do predio alheio. A obra nova pode ser detida, se o visinho prejudicado a ella se oppõe (*operis novi nuntiatio*). Se a casa ameça ruina, pode o visinho proteger-se contra o damno futuro (3).

(3) CUQ, *op. cit.*, II, n. 191; GIRARD, *Droit romain*, 5.^{me} ed., p. 255-257; PADELETTI-COGLIOLO, 2.^a ed., p. 215, e nota 2, e additivo i de COGLIOLO; WINDSCHEID, *Pandette*, trad. Fadda e Bensa, III, § 169; *Institutas*, II, tit. 2, n. 4.

O interesse publico, entre outras restricções ao direito de propriedade, exigia que o proprietario marginal de rua ou caminho se encarregasse de sua conservação, na parte que lhe correspondesse. O descobridor de minas podia explorá-la em seu proveito, dando apenas certa indemnização ao proprietario e pagando determinado imposto ao fisco. Já se alludiu á obrigação, que o ribeirinho de um curso d'agua tinha de supportar o uso transitorio das margens aos que ali aportassem ou usassem das aguas.

IV. Os modos de adquirir a propriedade são: occupação e tradição (modos originarios), usocapião, adjudicação e a lei (modos derivados).

Os direitos reaes sobre coisas alheias (*ius in re aliena*) são as servidões, reaes e pessoaes, o penhor, a superficie, a emphyteuse e a hypotheca.

A propriedade individual extinguiam-se pelo perecimento da coisa, sobre que recahia; por sahir a coisa do commercio; pelo abandono. Não havia a desapropriação por necessidade ou utilidade publica.

§ 34

DOCTRINAS SOBRE O CONCEITO DA PROPRIEDADE (1)

I. O conceito da propriedade collectiva, familiar, ou privada, não pode ser identico; mas, em todos esses regimens, que representam a evolução do phenomeno econo-

(1) JOSÉ DE ALENCAR, *A propriedade*, Rio, 1883; LAFAYETTE, *Direito das coisas*, I, §§ 24-26; LACERDA, *Direito das coisas*, § 8; VIRGILIO DE SÁ

mico-juridico da propriedade, ha uma idéa essencial commum, não obstante as profundas differenças que os caracterizam. Economicamente, é a utilização das forças naturaes, e depois tambem das psychicas, para a satisfação das necessidades humanas, reduzidas, nos primeiros tempos, e variando, infiintamente, com o evoluer da cultura. E, juridicamente, é a segurança, que o grupo social offerece a essa utilização. A utilização assim assegurada é poder attribuido a um sujeito e cuja estensão e intensidade variam. As coisas utilizadas são bens.

Podemos, pois, definir, juridicamente, a propriedade, como o *poder assegurado pelo grupo social á utilização dos bens da vida physica e moral.*

Á idéa juridica envolve a economica para contel-a, dirigil-a e adaptal-a, adequadamente, á organização social

PEREIRA, *Manual do Codigo Civil*, VIII, ns. 1 segs.; M. I. CARVALHO DE MENDONÇA, *Introdução ao direito das coisas*, e *Dos direitos reaes*, cap. I; MELCHIADES PICANÇO, *Direito das coisas*, ao art. 524 do Codigo Civil; PLANIOL, *Traité*, I, ns. 1.001-1.013; PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, III, ns. 211 e segs.; HUC, *Commentaire théorique et pratique au Code Civil*, IV, ns. 75-89; BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU, *Des biens*, ns. 195 e segs.; LAURENT, *Cours*, I, 523; AUBRY et RAU, *Cours*, II, §§ 190 e segs.; ZACHARIAE, *Droit civil français*, II, ns. 274 e segs.; *Code civil allemand, publié par le Comité de lég. étrangère*, II, ao art. 903; JHERING, *Der Zweck im Recht*, I, p. 518 e segs.; ÆOHLER, *Lehrbuch d. b. Gesetzbuch*, II, 2; THEIL, §§ 15 e segs.; *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, p. 81 a 86; ENDEMANN, *Lehrbuch des b. Gesetzbuch*, II, §§ 67 a 69; FRIEDRICH BASSENGE, *Zur Philosophie des Eigentums*; FRIEDRICH DARMSTAEDTER, *Das Wirtschaftsrecht in seiner soziologischen Struktur*, cap. VIII; ARWED BLOMEYER, *Zum Problem einer Philosophie des Eigentums*; D'AGUANO, *La Genese e l'evoluzione del diritto civile*, cap. VII; COSENTINI, *La riforma della legislazione civile*, ns. 132 e segs.; CIMBALI, *Nuova fase del diritto civile*, p. 132-142; N. STOLFI, *Diritto civile*, II, 1.º, *Il possesso e la proprietà*, ns. 283 e segs.; THIERS, *De la propriété*; HENRY GEORGE, *Progress and poverty*; NOVICOW, *El problema de la miseria*, trad. Salmeron y Garcia; YVES GUYOT, *La science économique*, liv. V, cap. I; R. SALVAT, *Derecho civil argentino, Derechos reales*, I, ns. 591 e segs.; CUNHA GONÇALVES, *Tratado de direito civil*, III, 289; DECIO FERRAZ ALVIM, *Concepção institucional da propriedade*.

existente. Estabelece o regimen da propriedade, que se modifica acompanhando a evolução da sociedade.

II. Philosophos e juristas discutem a respeito do fundamento racional da propriedade. Discutir-lhes as theorias é objecto da philosophia do direito e da economia politica. Aqui, apenas, cabem rapidas indicações.

A *theoria da occupação* sustenta que a propriedade individual se funda no acto da occupação primaria. Esposaram-na GROCIO e KANT, e uma parte de verdade neila encontraram FICHTE e HEGEL. Historicamente, e referindo-se a um momento da evolução da propriedade, quer individual quer collectiva, é aceitavel essa doutrina. Nada nos diz, porem, como devera dizer, quanto ao fundamento racional da propriedade. Affirma um facto, não constroe uma doutrina.

A *theoria do trabalho* fundada por J. LOCKE e aceita por MAC-CULLOCH, YVES GUYOT e outros economistas, a que tambem adheriu THIERS, parte do principio de que todas as coisas são communs, destinadas, como são, a prover ás necessidades humanas. Aquelle, portanto, que por seu trabalho, torna um trecho de terra productivo, deve ser o seu proprietario, porque lhe deu valor e nelle poz alguma coisa de sua personalidade (2).

O trabalho é uma das forças que concorrem para a producção. Mas necessita, para crear utilidades, do concurso de outras forças : a natureza e o capital. Este ultimo

(2) Partindo do principio de que o fundamento da propriedade é o trabalho, HENRY GEORGES e outros collectivistas entendem que a terra não pode ser objecto de dominio, porque ella é dada ao homem para ser distribuida, com egualdade, entre todos. A propriedade privada sobre o solo afigura-se-lhes injusta e tendente a escravisar as classes trabalhadoras. É a pedra inferior do moinho, sendo o progresso material a superior; com o augmento da pressão, as classes trabalhadoras são esmagadas (*Progress and poverty*, London, 1885, p. 235 a 305).

forma-se por acumulação. Se o eliminarmos como nos tempos primitivos, o homem estará, somente em frente á natureza, que o ha de precariamente manter. Mas não se vê ahi, certamente, a propriedade. Esta somente se constitue, quando o grupo assegura e defende as coisas uteis a elle e aos individuos, que o compõem.

A *theoria da lei* defendida por HOBBS, MONTESQUIEU, BENJAMIN CONSTANT, BENTHAM, pretende que a propriedade tem por fundamento a lei, pois que varia com ella. Sem duvida, a organização social imprime forma propria a essa relação entre o homem e as coisas, que constituem o seu patrimonio; mas não é esse o ponto a investigar, porque não é somente a propriedade que depende da organização social; todás as outras relações sociaes se acham nessa dependencia, ainda quando não haja um preceito expresso de lei, que as regule. O direito, historicamente, antecede ao Estado, que é o productor da lei escripta, forma ulterior do direito, que, aliás, não o contem integralmente. A energia creadora do direito está na estrutura da sociedade, seja o grupo inicial, no afastado periodo da prehistoria, seja a nação culta dos nossos dias. A lei destina-se a eliminar o arbitrio, que, aliás, tantas vezes a deturpa; e traduz o direito, que a vida gera no gremio social; mas, além de não o exprimir completamente e de não ter a flexibilidade, que as circumstancias, muitas vezes, exigem, soffre, não raro, influencia de interesses pessoaes ou de corrilhos.

Concepção institucional. Em dissertação para concurso, DECIO FERRAZ ALVIM (3), que abraçara, com entusiasmo, a theoria da instituição, nos dá o conceito da propriedade segundo essa doutrina, para a qual a propriedade privada tem por fundamento a lei natural. Seu "ob-

(3) *Concepção institucional da propriedade.*

jecto é attender ás exigencias da natureza humana e dos grupos, dentro dos limites impostos pela moral e ordenados pela ordem juridica". Assegura ao homem base para o seu desenvolvimento individual e para a manutenção da familia, assim como promove a prosperidade dos grupos sociaes, alem de ser precioso estimulo ou trabalho e á bôa ordem social.

Doutrina preferivel. O verdadeiro fundamento da propriedade é o instincto de conservação, que leva a creatura humana a se apoderar das coisas, que lhe servem, a principio, para satisfazer a fome, e, depois, as multiplas necessidades de ordem physica e moral. Os animaes possuem esse mesmo instincto de conservação e impulsos para se apropriarem de coisas uteis, guardal-as e defendel-as; mas o homem, ser mais elevado na escala zoologica, e ser, por natureza social, transforma esse impulso de apropriação e a posse das coisas uteis, em direitos, que são interesses, assegurados pela sociedade, quer tome a seu cargo defendellos, directamente, quer apenas dê apoio á defeza individual. Com o desenvolvimento da sociedade e sua organização juridica, o respeito á propriedade alheia se affirma; e a propriedade perde o character egoistico originario. Não que ella possa ser, exclusivamente, social, o que importaria regresso á communhão primitiva e annullação moral do individuo, que passaria da condição de homem livre á de mero instrumento manejado á vontade dos dirigentes. O interesse social, quando em conflicto com o individual deve prevalecer, porque a sociedade é o meio, em que o homem vive; não ha homem fóra da sociedade. Mas, tambem o individuo é elemento constitutivo da sociedade; se esta lhe tira o estimulo da actividade, não tendo em conta os interesses d'elle, não poderá ser uma sociedade progressiva, seja do ponto de vista economico, seja, e principalmente, do ponto de vista moral.

Como, sensatamente, ponderou G. ROSCHER, citado pelo egregio economista brasileiro, NOGUEIRA DE PAULA, "o interesse pessoal é um estimulante energico, e a harmonia superior das relações sociaes fal-o concorrer para o bem geral.

"O que é preciso impedir é que o interesse pessoal degenera em *egoismo*, que desseca em lugar de construir e que compromette o futuro pela procura da vantagem exclusiva do presente, porque elle tem vista curta. Por outro lado, o *interesse geral* tem um limite: seria falseado e absorveria o individuo, se matasse a força motriz mais poderosa, secando uma fonte abundante da actividade, se attentasse contra a energia moral, enervando a responsabilidade, e se alargasse, de tal modo, o circulo dos resultados obtidos que ninguem pudesse quasi resentir mais o contragolpe" (4).

E' essa uma verdade que se impõe a todo aquelle que medita, sem preconceito, sobre este assumpto.

Parece claro que, tendo a propriedade por fundamento a necessidade organico-psychica de satisfazer ao instincto de conservação, de origem animal, que a convivencia social assegura e modifica, e sendo a sociedade o meio em que é possível existir o homem, nem pode a sociedade tornar-se dona das terras ou de certa categoria de immoveis, nem cabe aos individuos direito absoluto de dispor das terras que occupam.

Ha, moderadamente, em reacção ao individualismo, uma tendencia a ir restringindo, até extinguil-o, o dominio territorial do individuo. E' erro funesto; porque, para explorar o solo e os seus elementos componentes, a sociedade necessita de tornal-os productivos pelo esforço do homem; mas aquella tendencia, sob pretexto de attenuar o egoismo

(4) NOGUEIRA DE PAULA, *Théorie rationnelle des systèmes économiques*, trad. de René Charlier, 1936, p. 152 e 153.

individual, arvora em norma o egoísmo social, reduzindo o estímulo ao trabalho, em detrimento do progresso social. do ponto ed vista economico, assim como em face da ethica.

O systema que corresponde a uma organização social adequada á vida humana, será o que unifique, equilibrando-os, os elementos, que entram na composição da sociedade. Muito acertadamente, affirmou ADOLPHO PINTO FILHO: "No novo regimen, que conciliará as vantagens do socialismo e do individualismo, dar-se-á um novo equilibrio social. Não desaparece nem o capitalismo, ainda necessario, nem o excitante regimen da concorrência, mas muito serão diminuidos os desperdícios e injustiças do regimen actual" (5).

Em uma palavra, é necessario continuar a reconhecer a propriedade do individuo sobre a terra, com as limitações, que, racional e justamente, exigir a convivencia humana, comtanto que essas restricções não conturbem ou annullem o estímulo da actividade individual, que é força indispensavel ao bem estar e ao progresso das collectividades. Tanto o individuo depende da sociedade, quanto esta d'elle. O individuo, trabalhando para si, engrandece a sociedade; compete a esta dirigil-o e assegural-o (moral e direito).

M. I. CARVALHO DE MENDONÇA (6), inspirando-se em AUGUSTO COMTE, expõe a theoria do *capital humano*, ou instituição da propriedade, em que certas idéas coincidem com as que acabam de ser apontadas. Mostra a cooperação no espaço e no tempo, indispensavel á criação

(5) *Ensaio de sociologia do direito*, 1926, p. 182.

(6) *Introdução geral ao direito das coisas; Noção philosophica da propriedade*. V. tambem IVAN LINS, *Tomás Morus e a Utopia*, p. 92 e seqs.

e á conservação do capital humano, de onde resulta que a riqueza tem origem social e deve ter destino social. Mas, ao mesmo tempo, reconhece que a efficacia da riqueza depende de sua apropriação individual, que, aliás exige uma regulamentação moral.

Sem duvida a continuidade historica assegura a conservação e crescimento da riqueza, olhada do ponto de vista social. A apropriação, porem, das coisas do mundo exterior começou por ser individual, quanto ás coisas moveis e a sociedade assegurou-a, mantendo sob o seu poder o solo, enquanto o individuo não aprendeu a cultivá-lo convenientemente. Não me parece, pois, exacto dizer que a propriedade, tendo tido origem social ha de ter destino social. E' do interesse da sociedade assegurar a propriedade individual, e regulamentá-la conforme as exigencias do bem geral; mas não, tornar o individuo mero administrador temporario da riqueza commum.

§ 35

DA ESTENSAO DO DIREITO DE PROPRIEDADE

I. O Codigo Civil brasileiro, art. 524, define propriedade o *direito de usar, gozar e dispor dos bens, e de re-havel-os do poder de quem quer que, injustamente, os possua*. E' a mesma idéa contida na definição dos romanistas, ainda que um tanto exagerada, em face da verdade juridica, revelada pela historia: *dominium est jus utendi, fruendi*

(1) Ver sobre este assumpto: JHERING, *Zweck im Recht*, I, p. 518-532, ed. de 1884, e GENY, *Interpretation et sources*, 1919, I, em particular, o numero 80.

et abutendi re sua, quatenus juris ratio patitur. Os romanos, segundo demonstraram JHERING, GENY (1) e outros, já se affirmou no § 33, deste livro, reconheciam que o direito privado individual soffria restricções determinadas por considerações de ordem social. E os modernos Codigos vão se orientando no sentido de equilibrar o interesse do individuo com o da sociedade.

O *Projecto primitivo* do nosso Codigo Civil procurou traduzir essa tendencia, dizendo, art. 602: "A lei assegura ao proprietario, *dentro dos limites por ella traçados*, o direito de *utilizar-se* de seus bens, como entender e de reivindicar-os, quando corporeos, do poder de quem, injustamente, os possua". A lei exprime as condições da vida social em cada momento, e, dentro della desenvolve-se a actividade do individuo. Mas, é claro, nem a lei será arbitraria, para determinar disposições absurdas, oppressoras, contrarias á ordem moral, nem a actividade do individuo, exercendo-se no ambito da lei, será offensiva do interesse geral ou dos outros individuos. O arbitrio da lei será desvio de sua função social e o do individuo será perturbador da organização juridica da sociedade.

O Codigo Civil allemão, art. 903, dispõe: "O proprietario de uma coisa pode, salvo disposição contraria da lei e dos direitos de terceiros, proceder a respeito dessa coisa como lhe parecer, e impedir que outra pessoa faça da mesma qualquer uso". Apparentemente, o pensamento é o mesmo, ainda que differentemente expresso, no citado *Projecto* e no Codigo Civil allemão; attendendo, porem, a que este ultimo restringe o direito de propriedade ás coisas tangiveis (*Sachen*), a que, para esse corpo de leis são somente as coisas corporeas, segundo a definição do art. 90 (2), que

(2) *Sachen* in Sinne des Gesetzes sind nur koerperliche Gegenstaende. ENDEMANN, *Lehrbuch*, I, § 50 e II, § 68; *Code Civil allemand publié par le Comité de lég. étrangère*, II, ao art. 903.

são objecto do direito de propriedade, e a que o Projecto brasileiro preferiu a palavra *bens* de significação mais lata, abrangendo as coisas, *quae tangi non possunt*, ou, no dizer de KOHLER, que não occupam lugar limitado no espaço, e se reconhecerá a differença na estensão dos conceitos. Ha coisas immateriaes, como o direito autoral, que apparece em nosso Codigo Civil, sob a antiga denominação de propriedade litteraria e artistica; o direito ideal do condomino; as acções que asseguram os direitos reaes, que entram no conceito de propriedade. Por outro lado, o Projecto brasileiro, na intenção de desfazer erroneas supposições de excessivo individualismo attribuido ao *jus abutendi* dos romanos, a que, naturalmente, corresponde o nosso *dispôt*, preferiu dizer *utilizar-se* de seus bens. O pensamento, assim expresso, levava o intuito de accentuar que o direito de propriedade não tinha o character absoluto, que alguns lhe attribuiam; que soffria restricções impostas pela vida em commum, restricções resultantes da visinhança, da hygiene publica, do interesse collectivo, quando em conflicto com o particular, como no caso de desapropriação, aliás disciplinada por lei, do aformoseamento dos logradouros publicos em cidades e villas, da segurança dos predios etc.

Não prevaleceu a orientação indicada e o Codigo Civil apresentou o direito de propriedade como se vê do artigo 524.

II. O Codigo Civil suizo define-o, indirectamente, nos termos seguintes: "o proprietario de uma coisa tem o direito de dispor della livremente, nos limites da lei. Pode reivindicar-a contra quem quer que a detenha sem direito, e repellir toda usurpação". A idéa nova, que apresenta, é a da repulsa da usurpação, que, no direito patrio, é faculdade concedida contra o possuidor, como tambem preceituam, em sua maioria, os Codigos Civis modernos.

A definição do novo Código Civil peruano é a seguinte: "Ao proprietário de um bem compete o direito de possuí-lo, perceber-lhe os fructos, reivindicá-lo e dispor d'elle, dentro dos limites da lei".

O chileno, art. 582, achega-se mais á noção romana, dizendo: "é o direito real sobre uma coisa corporea para gozar e dispor della, arbitrariamente, não sendo contra lei ou contra direito alheio". O argentino, art. 2.506, offerece esta noção do dominio: "o direito real, em virtude do qual uma coisa se encontra submettida á vontade e á acção de uma pessoa". Observa R. SALVAT (3) que, embora não estabeleça esse dispositivo do Código Civil argentino o caracter absoluto do direito de propriedade, em verdade, ao regulamentar as faculdades attribuidas ao proprietario e considerando-se a amplitude, com que podem ser exercidas, reconhecer-se-á que ahí se consagra um direito, realmente, absoluto.

III. Não devemos affirmar que o dominio ou direito de propriedade tenha os caracteres de *absoluto e illimitado*, embora seja *a reunião mais completa de poderes de uma pessoa sobre uma coisa*, mas sempre *segundo os preceitos regulamentares da lei*. Neste sentido, é que devemos entender hoje a proposição romana — *plena in re potestas* (4).

No Brasil, a Constituição de 1934, art. 113, n. 17, dizia: "é garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou collectivo, na forma que a lei determinar". Essa proposição reflecte a orientação socialista, porem de modo vago, impreciso. A de 1937, art. 122, n. 14, assegura "o direito de proprieda-

(3) SALVAT, *Derechos reales*, I, n. 603.

(4) *Institutas*, II, 4, § 4.

de, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade publica, mediante indemnização previa. O seu conteudo e os seus limites serão os definidos nas leis, que lhe regularém o exercicio". E' preciso, entretanto, acrescentar o que dispõe o art. 123, para que se complete a noção desse direito, no momento actual: o uso dos direitos assegurados no artigo 122 "terá por limite o bem publico, as necessidades da defeza, do bem estar, da paz e da ordem collectiva, bem como as exigencias da segurança da Nação e do Estado, em nome della constituido e organizado".

Deante dessas prescrições de tendencia socialista, corrobora-se a affirmação de que a propriedade não é direito absoluto e illimitado. Mas tambem não o é, em face das idéas, acima expostas.

E', porem, *exclusiva*, porque afasta do bem, que lhe é objecto, a acção de qualquer outra pessoa, salvo disposição de lei ou contracto. *Attribue-se-lhe*, tambem, o character de *perpetua*. Mas, além de que ha propriedades temporarias, como a fiduciaria e a parte real do direito de autor, na maioria das legislações, a desapropriação e o usocapão se oppõem a esse predicado. Será *perpetua* no sentido de que a propriedade subsiste, independentemente de exercicio, enquanto não sobrevem uma causa legal extintiva.

III. O Codigo Civil da Russia sovietica distingue a propriedade em publica, cooperativa e privada. O solo, o subsolo, as florestas, as aguas, as estradas de ferro de utilidade geral podem ser propriedade exclusiva do Estado. Podem ser propriedade privada: edificios, empresas commerciaes e industriaes, dinheiro, valores moveis, objectos de utilidade domestica e uso pessoal. Explosivos, alcooes de certo grau, venenos violentos somente com autorização das autoridades podem estar na posse de particulares. Dentro desses limites e outros, que estabelece a lei, o

proprietario tem o direito de gozar e dispor de seus bens, e mais o de reivindicá-los de qualquer posse estranha illegal, como também o de pedir que nenhum attentado se produza contra o seu bem, ainda quando não importe perda da posse (5).

IV. A propriedade pode ser plena ou limitada. Plena, quando todos os seus direitos elementares, posse, uso, gozo e disposição se acham reunidos no proprietario; limitada, quando della se desprende qualquer parcella para constituir direito real de outra pessoa; ou quando é resolúvel (6).

Na propriedade resolúvel, o limite refere-se á duração do direito e não aos elementos constitutivos d'elle. A propriedade fiduciaria é resolúvel. Nos casos em que o limite procede da perda de um dos poderes constitutivos da propriedade, é a propria substancia do direito que soffre diminuição, em proveito de quem não é proprietario, mas tem um direito real della desmembrado. Os direitos pessoais (*jura ad rem*) não tornam a propriedade limitada, porque não lhe attingem á substancia e constituem modos pelos quaes o proprietario exerce o seu direito. Assim é que na locação, por exemplo, ao locatario cabe o uso da coisa alugada; mas esse uso é o do proprietario, que lh'o transfere, temporariamente. E' relação pessoal, ao passo que o direito real recae sobre a propria coisa; é *jus in re*.

V. O dominio presume-se exclusivo e pleno, até prova em contrario. O Codigo Civil, art. 527, em vez de

(5) Arts. 52 a 59. V. o estudo de ED. LAMBERT, *La place des Codes russes dans la jurisprudence comparative*, posto como introdução á trad. franceza do Codigo Civil russo.

(6) Codigo Civil, art. 525; portuguez, art. 2.187; argentino, 2.507; austriaco, 357.

pleno, diz *illimitado* (7); mas é preferível aquelle qualificativo, porque como já ficou observado, a concepção actual do dominio já não o tem como absoluto e illimitado. E ainda que o pensamento fosse o que agora se expressa, todavia mais exactamente elle se expressa com o epitheto, que lhe convem.

O que se pretende affirmar é a presumpção legal da *exclusividade* do dominio, isto é, que somente o titular exerce os poderes nelle contidos; e da *plenitude*, importa dizer, de que nelle se encontram enfeixados todos os seus direitos elementares, ou que nenhum direito real, a outrem pertencente, lhe restringe a extensão.

VI. O proprietario tem direito aos fructos e productos da coisa (8). E' esta uma das modalidades do gozo inherente ao direito de propriedade, assim como da posse, segundo já se mencionou no § 27 deste livro.

VII. Essa concepção da propriedade, com pequenas variantes, que não attingem á essencia do instituto, encontra-se nas legislações dos povos occidentaes. Onde a propriedade apresenta certos aspectos algo differentes é na Inglaterra. Todas as terras suppõem-se da Corôa; não ha, portanto, ao menòs em principio, propriedade allodial. Os bens, que constituem o patrimonio dos individuos são *reaes e pessoaes*, e, consequentemente, a propriedade é *real* ou *pessoal*. A propriedade territorial comprehende os *freeholds* (propriedades livres), os *customary freeholds* (propriedades, por costume equiparadas ás livres) e *copyholds*

(7) O Projecto primitivo, art. 528 usou de formula identica á do art. 527 do Codice Civil.

(8) Codice Civil, art. 528.

(arrendamentos perpetuos) (9). Modificou-se, nos Estados- Unidos da America, a divisão da propriedade em real e pessoal, sem desaparecer. Perdeu a feição medieval, que tem persistido no direito inglez.

VIII. No direito slavo, havia communhão familiar ou municipal de propriedades ruraes, a *zadruga*, o *mihr*; porem, no Codigo Civil sovietico, essas formas não têm razão de ser, porque o solo, o subsolo, as florestas, e as águas consideram-se, em geral, propriedade do Estado.

(9) GLASSON, *Droit et institutions de l'Angleterre*, VI, p. 315 e seguintes.

CAPITULO II

DA PROPRIEDADE IMMOVEL

§ 36

DA ACQUIÇÃO DA PROPRIEDADE IMMOVEL

I. Segundo o seu objecto, a propriedade se diz immovel, movel ou immaterial.

Immoveis são as coisas, que se não podem transportar, de um para outro lugar, como o solo, com suas partes componentes; tudo quanto o homem incorpora, permanentemente, ao solo, sem que se possa d'elle desagregar, a não ser destruindo, ou quebrando esse objecto incorporado; as coisas empregadas para a exploração industrial do immovel, seu aformozamento ou commodidade (1).

Tambem se consideram immoveis os direitos, que a lei assim os declara, no interesse da segurança das relações juridicas, taes como as apolices da divida publica, one-

(1) Código Civil, art. 43; *Código Civil commentado*, III, a esse artigo. Sobre a natureza do immovel, consulte-se PHILADELPHO AZEVEDO, *Destinação do immovel*, p. 17.

radas com a clausula de inalienabilidade, e o direito á successão aberta (2).

E o são, finalmente, por consistirem em desmembramentos do dominio, os direitos reaes, inclusive o penhor rural (3).

II. Parece-nos, actualmente, muito simples, clara, intuitiva, a distincção entre coisas moveis e immoveis. Mas, observa SUMNER MAINE, ella é relativamente moderna (4). Os antigos codigos não a conhecem. Cabe aos jurisconsultos romanos tel-a extrahido, pela observação, da propria natureza das coisas. "E' preciso seguir uma serie inteira de modificações, diz o citado historiador do direito, desde as Doze Taboas até ás reformas de JUSTINIANO, antes de ver essa distincção tão evidente, na apparencia, supplantar, formalmente, a velha distincção historica entre *res Mancipi* e *res nec Mancipi*; as primeiras comprehendendo a terra, os escravos, os cavallos, os bois; e as segundas todas as outras coisas (5).

Ainda em nossos dias, o direito inglez distribue os bens em *reaes* e *pessoaes*. Os primeiros comprehendem os immoveis e os incorporeos vitalicios ou perpetuos. Os segundos são os *chattels reaes* sobre immoveis e *chatells pessoaes* sobre moveis e semoventes, os quaes podem ser bens pessoaes em posse, e bens pessoaes em acção. A propriedade territorial comprehende os *freeholds* (propriedades livres), os *customary freeholds*, e os *copyholds* (simples arrendamentos perpetuos) (6).

(2) Codigo Civil, art. 44, II e III; *Codigo Civil commentado*, III, artigo citado.

(3) Codigo Civil, art. 44, I; *Codigo civil commentado*, ao mesmo artigo; lei n. 492, de 30 de Agosto de 1937.

(4 e 5) SUMNER MAINE, *Études sur l'ancien droit*, 1884, p. 455-456.

(6) GLASSON, *Droit et institutions de l'Angleterre*, VI, p. 515 e seguintes.

Nas legislações occidentaes, porem, feita essa excepção, a distincção entre moveis e immoveis é semelhante á do nosso direito civil.

III. A propriedade immovel não se adquire mais por mera occupação, porque todas as terras se acham no dominio dos particulares ou do Estado. Os modos de aquisição dos immoveis são todos derivados, excepto a accessão. São elles:

I. Transcripção do titulo translativo da propriedade no registro do immovel.

II. Accessão.

III. Usocapião.

IV. Successão hereditaria (7).

Além desses modos de adquirir mencionados no Código Civil, ha os endossos dos titulos representativos da propriedade cadastrada, segundo o systema Torrens ensaiado em alguns Estados.

§ 37

DA ACQUIZIÇÃO DO IMMOVEL PELA TRANSCRIPÇÃO DO TITULO (1)

I. A translação do dominio sobre coisa immovel presuppõe: 1. Accordo das vontades do alienante e do adquirente, pois que se trata de acto entre vivos, em que as

(7) Código Civil, art. 530.

(1) LYSIPPO GARCIA, *O registro de immoveis*, I, caps. I a IV; BERTINO DE ALMEIDA PRALO, *Transmissão da propriedade immovel*, ns. 25 e

vontades se combinam para a produção de um effeito juridico: a transferencia de um direito. Esse contracto deverá constar de escriptura publica se o valor do immovel exceder a um conto de réis (2). Se valer apenas um conto de réis ou menos, o contracto poderá ser um instrumento particular subscripto por duas testemunhas.

2.º A *transcripção* do titulo translativo no registro do immovel alienado.

II. Algumas legislações attribuem aos contractos o poder de transferir a propriedade movel ou immovel, entre vivos. E' esse o systema do Codigo Civil francez, art. 712. Todavia não foi possivel reduzir os actos de transferencia da propriedade a um mero effeito do contracto. Admittiu-se a transcripção desses actos como modo de publicidade e para valerem contra terceiros (3). Foi esse tambem o systema adoptado entre nós até entrar em vigor o Codigo Civil. A Belgica, a Hollanda, a Italia e a Hespanha tambem, o adoptaram (4).

seguintes; TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das leis civis*, ps. CC e segs.; LAFAYETTE, *Direito das coisas*, I, §§ 48 e segs.; LACERDA DE ALMEIDA, *Direito das coisas*, § 27 e segs.; DIDIMO DA VEIGA, *Direito hypothecario*, ns. 220-242; VIRGILIO DE SÁ PEREIRA, *Manual do Codigo Civil*, VIII, ns. 22 e segs.; MELCHIADES PICANÇO, *Direitos das coisas*, ps. 73 e segs.; PHILADELPHO AZEVEDO, *Registros publicos*, ns. 127 e segs.; *Trabalhos da Camara* (Projecto do Codigo Civil brasileiro), II, p. 56, 76-77; V, p. 231-234, 238-240, 275-278; *Trabalhos do Senado*, III, p. 16-17 e 76); PLANIOL, *Traité*, I, ns. 1.346 e segs.; PLANIOL et RIPERT, III, ns. 626 e segs.; HUC, *Commentaire*, VII, ns. 121-131; XIV, 1-17; BUFNOIR, *Propriété et contrat*, licções V e segs.; FERRON, *Publicité des droits réels*; AUBRY et RAU, *Cours*, II, § 174; *Code Civil allemand publié par le Com. de lég. étr.*, I, ao art. 313 e II, ps. 459-465; ENDEMANN, *Lehrbuch*, II, §§ 47-66 e 76-79; KOHLER, *Lehrbuch*, II, 2.ª parte, §§ 46 e segs..

(2) Codigo Civil, art. 134: E', outrossim, da substancia do acto a escriptura publica; II. Nos contractos constitutivos ou translativos de direitos reaes sobre immoveis de valor superior a um conto de réis.

(3) Lei de 23 de Março de 1855, que ampliou as idéas da lei de 1 de Novembro de 1798.

(4) E' de notar-se que o systema *Torrens*, originario da Australia,

Contra esse systema, objecta-se, primeiro, a sua inconsequencia, pois que, attribuindo ao contracto o poder de transferir a propriedade immovel, exige a transcripção para que a transferencia tenha valor contra terceiros. Depois objecta-se que é caracter do direito real prevalecer *erga omnes*, e, no entanto, o dominio transferido pelo contracto não tem essa virtude antes da transcripção, que, aliás, não purifica a propriedade.

III. Os nossos maiores jurisconsultos, TEIXEIRA DE FREITAS e LAFAYETTE, sentindo a inconsistencia do systema, viram na transcripção uma tradição solemne e prepararam a reforma, que, nesta materia, ia realizar o Código Civil.

Já o direito romano firmara o principio de que *traditionibus non nudis pactis dominia rerum transferuntur*. Era o reconhecimento de que para a transferencia do direito, que prevalece contra todos, faz-se necessario o concurso da sociedade para estabelecê-lo e sancionar-lhe a existencia como disse MAYNZ (5). O desenvolvimento da economia e a necessidade de melhor assegurar a propriedade immovel exigiram, para a transferencia desta, solemnidade, que se dispensava para a transferencia da propriedade movel. Para esta ultima, conservou-se a tradição, para a translação de immoveis utilizou-se a lei da transcripção.

TEIXEIRA DE FREITAS, na *Introdução á Consolidação das leis civis*, escreveu:

“O systema da transcripção, como acto concomittante das convenções, para operar a transmissão dos immoveis e

foi acceito pela França, para a Tunisia e outras colonias; e que, na Alsacia e na Lorena, o direito francez soffreu algumas modificações, porque ahi se applicava o direito allemão, que teve de adaptar-se (PLANIOL et RIPERT, *Droit civil français*, III, ns. 638 e 667).

(5) *Droit romain*, § 105.

attribuir direitos reaes, se não purifica a propriedade, pelo menos, a expõe á luz da publicidade no estado em que se acha, preenche, completamente o fim da tradição, separa os direitos reaes dos pessoaes e impede os estellionatos” (6).

Era, assim, considerada a transcrição forma particular da tradição, que, desde o direito romano, era formalidade essencial á transferencia do dominio.

LAFAYETTE, por sua vez, affirmou: “No estado actual do direito civil, a tradição e a transcrição são os dois actos externos, de que a lei faz, em geral, depender a transmissão do dominio” . . . “O genio inventivo do legislador criou um novo modo de transferencia do dominio e de seus direitos elementares: — a transcrição dos titulos de aquisição em registros publicos” . . . “Entre nós, a transcrição é, hoje, modo legal de transferencia do dominio sobre immoveis” . . . “Antes de preenchida a formalidade da transcrição do titulo de transmissão, o dominio sobre immoveis não passa do alienante para o adquirente” (7).

A lição dos dois grandes mestres foi adoptada por DIDIMO DA VEIGA. Diz elle: “segundo a expressa disposição do art. 234, do decreto n. 370, de 2 de Maio de 1890, antes da transcrição, apenas existe, entre as partes, um *simplex contracto*; e, não sendo a convenção meio de transferir a propriedade no nosso direito, a consequencia é que aos estipulantes apenas assistem os direitos pessoaes, que decorrem das convenções, e não o direito de propriedade, que exige a tradição da coisa” (8).

(6) Pags. 110 e 111 da 3.^a edição.

(7) *Direito das coisas*, I, §§ 43 e 48.

(8) *Direito hypothecario*, n. 222.

Effectivamente, era essa a exacta intelligencia da lei, quer a hypothecaria de 1864, a que se referiram TEIXEIRA DE FREITAS e LAFAYETTE, quer a de 1890, estudada por DIDIMO DA VEIGA (9).

Não houve, pois um salto na declaração do Codigo Civil, de ser a transcripção modo de adquirir immoveis, ou direitos reaes sobre immoveis de outrem. Houve apenas a insersão na lei daquillo que a melhor doutrina, logicamente, affirmava, e libertou-se o systema da regra illogica, de que o registro não prova o dominio, que, apesar da transcripção, ficava salvo a quem pertencesse, anteriormente.

IV. Pelo systema do Codigo Civil, a transcripção do titulo translativo da propriedade é modo de adquirir, e não mera publicação permanente do acto. E' a criação do direito real, pela inserção do titulo no registro de immoveis.

Adoptou o Codigo Civil o systema germanico da transferencia da propriedade immovel, ainda que tivesse de dar-lhe feição mais adequada ás condições do paiz, sem, todavia, prejudicar-lhe a vantagem principal, que é a segurança, pela força probante do registro.

Os principios, que a doutrina destaca no systema germanico são os seguintes (10): a) *publicidade*, de que é

(9) Lei n. 1.237, de 24 de Setembro de 1864, art. 8; dec. n. 169-A, de 19 de Janeiro de 1890, art. 8; dec. n. 370, de 2 de Maio de 1890, art. 234. O systema é o mesmo na lei de 1864 e na de 1890.

(10) *Observações para esclarecimento do Codigo Civil*, p. 72 e 73 dos *Trabalhos relativos á sua elaboração*, vol. I. ENDEMANN, *Lehrbuch*, II, § 61: *Efeito da inscripção. Presumpção de sua exactidão*; § 62, 1, a) "o que está registrado vale como exacto, de sorte que a questão da verdade do conteudo juridico declarado dispensa prova mais ampla (keiner weiteren Pruefung unterstehts; LYSIPPO GARCIA, *Registro de immoveis*, p. 117-131, onde se lê uma excellente defeza do systema adoptado pelo

orgão o registro de immoveis (Codigo Civil, art. 856); b) *força probante*, fundada na fé publica do registro, presumindo-se pertencer o direito real á pessoa em cujo nome se inscreveu ou transcreveu (art. 859), presumpção *juris tantum*, que pode ser destruida por acção annullatoria do registro (art. 850); e c) *legalidade*, resultante do direito conferido ao official do registro de examinar os documentos trazidos para a inscripção ou transcripção, e oppor as duvidas, que tiver sobre a sua legalidade (art. 834).

Todos esses principios figuram no Codigo Civil brasileiro (11).

V. Sendo a transcripção modo de transferir o dominio por actos entre vivos, o alienante e o adquirente devem ser pessoas capazes; e o titulo a transcrever ha de ser habil para transferencia do direito.

Os absolutamente incapazes serão representados, e os relativamente incapazes assistidos pelas pessoas ás quaes a lei confia esse encargo.

VI. O systema germanico acha-se adoptado, com certas variações nos seguintes Codigos Civis: a) allemão,

Projecto Primitivo, que passou para o Codigo Civil; FERRON; *Publicité des droits réels immobiliers*, p. 265 e segs.; ALPH. DE BUSCHÈRE, *De la transcription des actes de mutations immobilières*.

(11) Ao discutir-se o Projecto do Codigo Civil, perante a Commissão especial da Camara dos deputados, tive occasião de affirmar que os principios constitutivos do systema germanico da transferencia da propriedade, entre vivos, eram a *prova*, a *publicidade* e a *legalidade*; sendo a *prova* a inscripção no registro que prevalece emquanto, por sentença, não for declarada nulla; a *publicidade* consta do proprio registro, que é publico; e a *legalidade* resulta da competencia, que tem o official do registro, de examinar o titulo trazido ao registro, pedindo ás partes que justifiquem a exactidão do que exprimem os documentos, levantar duvida, sobre o direito etc. (*Codigo Civil brasileiro*, trabalhos relativos á sua elaboração, 1919, volume III, p. 1.028 a 1.029). Ha umas gralhas typographicas nessas paginas, porem o pensamento está claro. Ver no vol. II o capitulo referente ao registro de immoveis.

arts. 313 e 873. Art. 313: — “O contracto, pelo qual uma das partes se obriga a transferir a propriedade de um immovel, deve ser celebrado em forma authentica, judicaria ou notoriada. Concluido sem observancia dessas formas, torna-se valido em todo o seu conteudo, quando seguido de desapossamento e transcripção no livro predial” (wenn die Auflassung und die Eintragung in das Grundbuch erfolgen). Art. 873: — “Para alienar um immovel, ou graval-o de onus real, assim como para alienar ou gravar um direito real immovel, são necessarios accordo das vontades do titular do direito e da outra parte, sobre a mutação a realizar, e inscripção dessa mutação no livro predial, se a lei não dispuzer de outro modo”

b) *Suisso*, art. 656: — “Para a aquisição da propriedade immovel é necessaria a inscripção no registro predial. Aquelle que adquire um immovel por occupação, successão, desapropriação, execução de sentença, torna-se proprietario antes da inscripção, mas somente depois de cumprida essa formalidade, pode dispor do immovel no registro predial”.

c) *Uruguayo*, art. 1.664, 1.º: — “A venda de bens immoveis, servidões, censos, e successão hereditaria não se consideram perfeitas, perante a lei, emquanto não se tenha outorgado escriptura publica. Alem disso, será necessaria a inscripção no Registro respectivo, para que produza efectos”.

d) O *Codigo Civil do Chile*, depois de ter declarado, no art. 670, que a tradição é modo de adquirir o dominio das coisas, explica, no art. 686: — “Effectuar-se-á a tradição do dominio dos bens de raiz pela inscripção do titulo no *Registro do Conservador*”.

e) O *Projecto argentino de Codigo Civil*, art. 1.481, dispõe: “Adquire-se a propriedade immovel: I. Pela

inscrição do titulo de transferencia no Registro"...
Art. 1.482: "A transmissão do dominio de um immovel, convencionada entre o alienante e o adquirente, realiza-se pela inscrição do accordo no Registro".

§ 38

OUTROS ACTOS SUJEITOS A TRANSCRIPÇÃO

I. Pelo systema do Codigo Civil, são tambem sujeitos á transcrição:

a) Os julgados, pelos quaes, nas acções divisorias, se puzer termo á indivisão.

b) As sentenças, que, nos inventarios e partilhas, adjudicarem bens de raiz em pagamento de dividas da herança.

c) As arrematações e adjudicações em hasta publica (1).

Os actos entre vivos, translativos do dominio, referidos no § anterior, assim como os agora mencionados sob as letras b) e c), somente transferem o dominio da data em que forem transcriptos (2). Antes a mutação do dominio estava incompleta. Com a transcrição, ultima-se, torna-se universalmente conhecida e o registro apresenta a prova legal da sua realização.

(1) Codigo Civil, art. 532.

(2) Codigo Civil, art. 533.

II. *Julgados que, nas acções divisorias, põem termo á indivisão.* Estes julgados, em rigor, dispensariam a transcrição, pois não operam a transferencia da propriedade, que a elles preexiste; mas para a publicidade das mutações de dominio e segurança da propriedade territorial, tambem elles devem ser registrados e, por esse modo, conhecidos dos interessados.

As acções divisorias são: as de partilha dos bens hereditarios ou divisão da herança (*familiae erciscundae*); de divisão entre condominos, por titulo singular (*communi dividundo*); e de divisão entre confinantes (*finium re-gundorum*) (3).

Pondo termo á indivisão, nos differentes casos acima indicados, as sentenças finaes declaram qual a porção, que, a cada um dos compartes, cabe por direito proprio e exclusivo.

Quanto á divisão do dominio e á dos predios confinantes, as situações são muito claras, nenhuma controversia suscitam. Não assim, porem, a dos bens da herança, que merece atenção mais detida (4).

Houve, a principio, quem affirmasse que, por ser permittido aos maiores realizar o acto especial da partilha, mediante accordo, não seria a divisão da herança uma das acções divisorias, cuja sentença terminativa da divisão devesse estar sujeita á transcrição. E mais accrescentavam que, pela abertura da successão, a propriedade e a posse do

(3) TEIXEIRA DE FREITAS, nota 1 ao art. 1.141 da *Consolidação das leis civis*; PAULA BAPTISTA, *Theoria e pratica do processo civil*, 7.^a ed., § 21; RIBAS, *Processo civil*, commentado, DLXVIII, p. 531 da 3.^a ed.; FRANCISCO MORATO, *Da prescripção das acções divisorias*, n. 8; AFFONSO FRAGA, *Divisão e demarcação*, n. 30; ATHOS MAGALHÃES, *Theoria e pratica do direito de demarcar e da acção de demarcação*, n. 160.

(4) BERTINO DE ALMEIDA PRADO, *Transmissão da propriedade immovel*, p. 22 e segs..

de *cujus* estava transferida, e, pois, estava sem utilidade a transcrição. O Tribunal de Justiça de S. Paulo, desfez essas duvidas e declarou: "Não é possível negar, em face dos bons principios do direito, que o art. 532, n. I, do Código Civil, se refere, tambem, aos julgados, que homologam as partilhas, no juizo *familiae erciscundae*".

Assim sendo, affirmei uma vez (5), não obsta á transcrição o facto de ser a partilha amigavel, pois que é homologada pelo juiz.

A reforma da lei civil, além de instituir a transcrição no registro de immoveis como acto essencial á transferencia de bens de raiz, attribuiu tambem ao registro de immoveis a função de reflectir o estado da propriedade territorial, em suas constantes mutações. Por isso, determinou que se registrasse: não a transmissão da propriedade por effeito do direito hereditario, mas o acto que individualiza a propriedade de cada um dos successores, *a sentença que põe termo á indivisão*.

A successão transmite a posse e o dominio dos bens da herança: sendo mais de um os successores, gera-se o estado de communhão entre elles. Esse estado de communhão é transitorio: extingue-se com a partilha, que tem por fim dar a cada successor a parte que lhe cabe nos bens da herança. Acontece, muitas vezes, que, na partilha um predio é attribuido a mais de um herdeiro. Nesse caso, haverá condominio; mas esse condominio não se funda, directamente, na devolução da herança, e sim, na divisão desta, por não ter sido possível ou ser inconveniente, no momento, a divisão do predio.

(5) Parecer publicado na *Revista de critica judiciaria*, vol. XIV, p. 383-387, e transcripto no livro de BERTINO DE ALMEIDA PRADO, *Transmissão da propriedade immovel*.

Não sendo a transcripção modo de transferencia do do dominio dos bens herdados; resultando da successão hereditaria, modo de transmittir o dominio da herança, o registro dessa transferencia somente se torna obrigatorio, quando o herdeiro ou legatario transmitta o seu direito a outrem. A successão hereditaria transmitta o direito ao herdeiro ou legatario; a partilha declara qual o bem que, exclusivamente, pertence ao herdeiro; e o formal da partilha é o titulo que o successor hereditario leva ao registro de immovel, quando transferir a outrem o seu direito, afim de se manter a continuidade do registro, como determina o art. 214 do decreto n. 4.854, de 10 de Outubro de 1939, identico ao art. n. 206 do regulamento n. 18.542, de 24 de Dezembro de 1928 (6).

III. Se a um só herdeiro passar o acervo hereditario, não haverá communhão e, por conseguinte, não se apresentará a situação juridica prevista pelo art. 532, I, do Codigo Civil. Não haverá julgado pondo termo á indivisão. Objectivamente não se operou alteração no patrimonio, com o facto da transmissão hereditaria; o sujeito do patrimonio é outro, mas um só, como era o do *de cujus*. Tambem, neste caso, o regulamento n. 18.542, de 1928 exigia o registro, para manter-lhe a continuidade, que, realmente, foi mantida pelo regulamento actual, art. 214, transcripto, nota 6.

IV. As cessões do direito hereditario, antes da partilha, exigem escriptura publica, visto como o art. 44, III, considera immovel para os effeitos legais o direito á successão aberta. Alguns autores, porem, e dos mais abaliza-

(6) Artigo citado: "Se o immovel não estiver lançado em nome do outorgante, o official exigirá a transcripção do titulo anterior, qualquer que seja a sua natureza, para manter a continuidade do registro."

dos, sustentam que taes cessões dispensam a transcrição (7), porque o art. 531 do Código Civil somente se refere á translação das coisas corporeas. Não os posso acompanhar, por muito que lhes acate a autoridade. O art. 531 do Código Civil não faz a distincção alludida. Refere-se á *transcrição dos titulos translativos da propriedade immovel, por actos entre vivos*. Ora o art. 44, III, declara, para os effeitos legaes, immovel o direito á successão aberta; logo, irrecusavelmente, a cessão desse direito, no todo ou em parte deve ser transcripta. Antes dessa formalidade ha somente o direito pessoal.

Não colhe o argumento da falta de determinação exacta ou de especialização da coisa alienada, porque a cessão é de direito, e porque, se valesse tal razão não seria lícita a hypotheca da parte do condomino. E o Código a permite. Também não destroe a these aqui sustentada, a consideração de que o direito hereditario pode reduzir-se a uma quantidade igual a zero; porque se a coisa corporea alienada vier a percer, esse accidente não influe sobre a alienação registrada. A coisa perece para o dono; o direito extingue-se para o seu titular.

As alienações posteriores á partilha, desde que recaiam sobre immoveis, estão, sem divergencia possível, sujeitas á transcrição; mas a essa transcrição deve preceder a do formal de partilha ou da sentença de adjudicação quando não houver partilha (8).

(7) BERTINO DE ALMEIDA PRADO, *Transmissão de propriedade immovel*, p. 138, que refere opiniões identicas á sua, adoptadas por PHILADELPHO AZEVEDO, MELCHIADES PIGANÇO, OLIVEIRA SOBRINHO, LYSIPPO GARCIA e ITABAIANA DE OLIVEIRA.

(8) Decreto n. 4.755, de 9 de Novembro de 1939, art. 178, b, n. VI.



DA ACCESSÃO (1)

I. *Accessão é o modo originario de adquirir, em virtude do qual fica pertencendo ao proprietario tudo quanto se une ou se incorpora ao seu bem.*

O Codigo Civil destaca cinco formas de accessão referentes á propriedade immovel: pela formação de ilhas; pela alluvião; por avulsão; por abandono do alveo; e pela construcção de obras ou pelas plantações (2).

Não mencionou a aquisição dos fructos, porque estes são apenas incrementos da coisa, por seu proprio desenvolvimento. Sobre elles, o proprietario exerce o seu direito, como sobre qualquer parte componente da coisa. Ha, nesse factó, antes um direito de fruição do que accessão, em que se presuppõe adherencia, união ou incorporação de uma coisa em outra (3).

(1) LAFAYETTE, *Direito das coisas*, §§ 39 e 40; LACERDA DE ALMEIDA, *Direito das coisas*, §§ 19 e 20; VIRGLIO DE SÁ PEREIRA, *Manual do Codigo Civil*, VIII, ns. 33 e 48-67; S. VAMPRÉ, *Manual do direito civil brasileiro*, II, §§ 27-29; ALMACHIO DINIZ, *Direito das coisas*, § 23; PLANIOL, *Traité*, I, ns. 1.568 e segs.; PLANIOL et RIPERT, III, ns. 256 e segs.; HUC, *Commentaire*, IV, ns. 103-159; BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU, *Des biens*, ns. 280-417; LAURENT, *Cours*, I, ns. 524-547; AUBRY et RAU, *Cours*, II, §§ 202-204; ENDEMANN, *Lehrbuch*, §§ 76 e 79; WINDSCHEID, *Pandectas*, I, §§ 185 e 186; DERNBURG, *Pandectas*, I, § 205-208; N. STOLFI, *Diritti reali*, I, ns. 666 e segs..

(2) Codigo Civil, art. 536.

(3) Esta doutrina, certamente, não é pacifica. Conf. STOLFI, *Diritto civile, Diritti reali*, I, n. 671; DERNBURG, *Pandette*, II, § 205, sobre aquisição dos fructos. Veja-se o § 27 deste livro.

Vae sendo abandonada a divisão tradicional da accessão em accessão de immovel a immovel, de movel a immovel e de movel a movel, dando-se preferencia á seguinte: accessão natural, accessão industrial e accessão mixta. Não têm, uma e a outra, alcance pratico.

Por direito romano, a accessão era o resultado da preponderancia da coisa principal chamando a si a de menor valor: *mea res per prevalentiam alienam rem trahit, meamque efficit* (4). Esta explicação de PAULO é acceita pelo direito moderno. E, nos casos adiante mencionados, verificar-se-á que assim é.

II. *Das ilhas.* De accordo com o direito romano e a doutrina então vigente, o Código Civil art. 537, declarou que as ilhas formadas no leito dos rios particulares pertencem aos proprietarios ribeirinhos fronteiros. Se se formarem no meio do rio, pertencem aos ribeirinhos fronteiros, de ambas as margens, até á linha, que dividir, longitudinalmente, o alveo em duas partes eguaes. As que se formarem entre essa linha e uma das margens, consideram-se accrescimos aos terrenos ribeirinhos fronteiros desse mesmo lado. As que se formarem por desdobraimento de um novo braço do rio, continuam a pertencer aos proprietarios dos terrenos, á custa dos quaes se constituíram (4-a).

O *Código de aguas*, decreto n. 24.643, de 10 de Julho de 1934, arts. 33 e 34, mantem essas mesmas regras. Accrescenta, porem, o § unico deste ultimo artigo que, *se a corrente é navegavel ou fluctuavel*, as ilhas ou ilhotas formadas por desdobraimento de um novo braço, *poderão entrar para o dominio publico, mediante previa indemnização*. Presuppõe este dispositivo que o novo braço da corrente invade terras do dominio particular; e sendo do interesse publico, seja o da navegação ou qualquer outro, serão desapropriadas as ilhas então formadas, — em terras

(4) D. 6, 1, fr. 23, § 4.

(4-a) Leia-se a respeito, M. I. CARVALHO DE MENDONÇA, *Rios e aguas correntes*, ns. 101 a 103.

particulares, por correntes publicas. Se não houver desapropriação fundada na utilidade ou necessidade publica, continuam no patrimonio dos ribeirinhos as ilhas assim formadas, mantendo-se a condição do terreno, anterior ao desdobramento do novo braço da corrente.

Não é a categoria do rio que, neste caso, determina a condição das ilhas. Se formadas no leito do rio publico, pois que o leito do rio tem o mesmo character da corrente, são publicas; se surgem em rio particular, são do dominio particular. Mas, no caso, agora considerado, não abroham no leito do rio; por isso não é a natureza deste que decide sobre a classificação da ilha. Naturalmente ella mantem a qualidade do terreno, que a constitue. Mas, ainda que formada, em terras particulares, poderá o interesse da collectividade intervir e, então, a ilha entrará para o dominio publico, mediante indemnização.

As ilhas ou ilhotas do dominio publico são bens patrimoniaes, se não forem destinadas ao uso commum (5).

A Constituição de 10 de Novembro de 1937, discriminando o dominio federal, declara que *as ilhas fluviaes ou lacustres, nas zonas fronteiriças, pertencem á União* (6). Devemos entender que esta determinação se refere ás novas formações e ás que não estejam no patrimonio particular, pois que estas ultimas somente por desapropriação legal poderão entrar para o dominio federal.

III. *Da alluvião.* A definição romana de alluvião nos dá idéa do phenomeno: *Est alluvio incrementum latens. Per alluvionem autem id videtur adjici quod ita paulatim adjicitur, ut intelligere non possis quantum quoquo*

(5) Código das aguas, art. 25.

(6) Art. 36, c.

momento temporis adjiciatur (7). “Alluvião é accrescimo insensível. E considera-se accrescentado por alluvião aquillo que se annexa tão lentamente que não seria possível, em cada momento, conhecer quanto foi adicionado”

O Codigo Civil, art. 358, disse mais simplesmente: *accrescimos formados por depositos e aterros naturaes, ou pelo desvio das aguas dos rios*. O Codigo de aguas, art. 16, tambem considera alluvião os accrescidos aos terrenos de marinha, que, aliás, se regulam por legislação especial (8).

Pelo Codigo Civil, os accrescimos resultantes de alluvião pertenciam aos proprietarios marginaes, na direcção das respectivas testadas, ainda que o rio fosse navegavel. O Codigo das aguas, porem, alterou essa norma tradicional, e estatuiu: “Os accrescimos, que, por alluvião, ou artificialmente, se produzirem nas aguas publicas (deve ser nas margens) ou dominicaes são publicos dominicaes, se não estiverem destinados ao uso comum, ou se, por algum titulo legitimo, não forem do dominio particular” (art. 16, § 1.º) (8-a).

A Constituição de 1937, art. 37, *b*, declara que são do dominio dos Estados as margens dos rios navegaveis, destinadas ao uso publico, se, por algum titulo, não forem do dominio federal, municipal ou particular.

Quanto aos accrescimos de terreno, formados pela retracção das aguas de lagos, lagôas e tanques, não entram para o dominio dos proprietarios marginaes, salvo se a elles

(7) *Institutas*, II, § 20.

(8) V. *Theoria geral do direito civil*, § 43, e *Codigo Civil commentado*, I, obs. 5 ao art. 66; CARVALHO DE MENDONÇA (M. I.), *Rios e aguas correntes*, n. 104.

(8-a) Ha outras disposições, de character administrativo, que completam a orientação collectivista desse Codigo. V. os arts. 11 e 17.

pertencem essas aguas. Tambem não perdem os terrenos marginaes, que as aguas dos lagos, lagôas ou tanques vierem a cobrir. E a razão é que essas aguas limitam os predios adjacentes, ao passo que as correntes, salvo disposição em contrario, limitam os predios ribeirinhos pela linha, que lhes divide o leito ao meio. Alem disso, não ha alluvião no retrahimento das aguas paradas. Alluvião, como acima se disse, são accrescimos de terreno paulatinamente formados pelo deposito de materias arrastadas pelas correntes, ou em consequencia de desvio dellas.

IV. *Da avulsão.* Avulsão é o desprendimento de uma porção de terra, por força natural violenta (9). Pode effectuar-se por superposição ou junção e consistir em reunião a terreno fronteiro ou lateral. Resulta de um acontecimento natural de força maior; por isso, aquelle, a cujo predio veio parar o trecho desprendido pela avulsão não tem direito de pedir indemnização ao proprietario do predio, de onde a porção de terra foi arrancada pela força das aguas, ainda que possa allegar damno. O direito do que soffre a avulsão é reclamar essa porção de suas terras, que se foi juntar á de outro proprietario, e este poderá optar pela remoção da terra accrescida, ou pela indemnização ao reclamante.

Não havendo reclamação dentro de um ano, a terra desprendida do immovel marginal, considerar-se-á, definitivamente, incorporada ao predio, onde se acha e o antigo dono nem a poderá mais reclamar nem pedir indemnização (10). Consumou-se a accessão.

(9) Código Civil, art. 541; Código de aguas, arts. 19 e 20; CARVALHO DE MENDONÇA (M. I.), *Rios e aguas correntes*, n. 105.

(10) Código Civil, art. 542; Código de aguas, art. 20. O prazo para a reclamação é extinctivo.

Quando a avulsão fôr de coisa não susceptível de adherencia natural, como lanços de cerca, madeiras, ou outras semelhantes, não se dará accessão, e, diz o Codigo Civil, art. 543, applicar-se-á o disposto quanto ás coisas perdidas. O Codigo de aguas, arts. 21 e 22, manda applicar os principios da invenção ou, então, os da alluvião. Não parece acertada esta ultima solução; porque alluvião é depósito ou aterro lentamente formado, de modo que as materias arrastadas pela corrente, natural e imperceptivelmente, vão adherindo ás terras, onde se effectua o phenomeno, e, concomittantemente, com a adherencia, opera-se a accessão. As porções de terra desagregadas de um predio e reunidas a outro podem ser removidas e, se não forem o proprietario, que lucrou o accrescimo, indemniza o que soffreu o desfalque. Com os terrenos alluviaes não ha quem reclame o accrescimo e, consequentemente, o que foi com eile favorecido não tem oportunidade de optar entre deixar que se remova a parte accrescida e conserval-a, indemnizando o reclamante. Os phenomenos naturaes differem, nos dois casos, e o direito, necessariamente, deve estabelecer regras differentes para harmonizar os interesses postos em jogo. Por isso, não ha razão sufficiente para applicar aos casos de avulsão as normas estatuidas para as formações alluviaes.

V. *Do alveo abandonado.* O rio, por algum accidente natural, pode abandonar o leito por onde corria e abrir outro. Denomina-se leito ou alveo do rio a porção da terra escavada, por onde o rio corre, entre ribanceiras ou margens. As grandes enchentes fazem as aguas transbordar, cobrindo as margens, como as seccas as fazem baixar reduzidas e distanciadas das margens; mas são estas que limitam o leito.

O alveo abandonado do rio, seja publico ou particular, pertence aos proprietarios ribeirinhos das duas mar-

gens, entendendo-se que os predios marginaes se estendem até ao meio do alveo (10-a).

E' o rio que é publico ou particular, e o leito, como accessorio da corrente d'agua, toma-lhe o character. Mas desviado o curso do rio publico, o leito abandonado já não faz parte do rio, perde o character, que este lhe emprestava. E o alveo abandonado do rio publico é terreno particular, como o leito que o rio publico abre por terras particulares adquire o character publico.

Se o curso do rio publico é desviado por utilidade da collectividade, o terreno occupado pelo novo alveo deve ser desapropriado, e o leito abandonado passa a pertencer ao desapropriante (11). Quando, porem, o rio, publico ou particular, desvia, naturalmente, o seu curso, não têm direito a indemnização os donos dos terrenos, por onde as aguas abrirem novo curso (12), porque o prejuizo que soffram é devido a força maior, sem culpa de quem quer que seja. Alem disso pode ser-lhes vantajoso que por suas terras corra o rio.

Se o rio, depois de ter abandonado o seu alveo e aberto outro, volta ao primeiro, o novo leito abandonado volta aos seus antigos donos, excepto se o desvio da corrente foi determinado por utilidade publica e elles foram indemnizados da desapropriação (13).

(10-a) Codigo Civil, art. 544; Codigo de aguas, art. 26; CARVALHO DE MENDONÇA (M. I.), *Rios e aguas correntes*, n. 106; ALFREDO VALLADÃO, *Direito das Aguas*, p. 85.

(11) Codigo de aguas, art. 27; CARVALHO DE MENDONÇA, *op. cit.*, n. 106. LAFAYETTE, *Dir. das coisas*, § 39, n. 2; A. VALLADÃO, *Dir. das aguas*, p. 82. E' regra que remonta ao antigo direito portuguez, do seculo 17.

(12) Codigo Civil, art. 544, *in medio*; Codigo de aguas, art. 26.

(13) Codigo de aguas, art. 26, § unico; CARVALHO DE MENDONÇA (M. I.), *op. cit.*, n. 106.

VI. *Das construcções e plantações.* Toda construcção, ou plantação existente, em um terreno, se presume feita pelo proprietario e á sua custa até que o contrario se prove, estatue o Codigo Civil, no art. 545. E assim é, porque o solo é considerado coisa principal, a que adherem o edificio e a plantação, como coisas accessorias, que se vieram unir ao solo, podendo ser mais valiosas do que elle. *Superficies solo cedit.* Assim, para que alguém possa allegar direito sobre o que se encontre edificado ou plantado em terreno alheio, ha de exhibir titulo habil.

Esta força de attração do solo, sobre o que se acha á sua superficie, é tão grande que, se o proprietario da terra nella constroe com material alheio, adquire esse material, como adquire as plantas e sementes alheias, que introduziu em seu terreno. Se procedeu de bôa fé, paga somente o valor das coisas alheias, de que se aproveitou. Se, porem, estava de má fé, quando assim procedeu, além de pagar o valor das plantas, sementes ou materiaes, responde tambem por perdas e damnos. Admitte-se a accessão neste caso, apesar da má fé, em attenção aos melhoramentos realizados, cuja destruição não aproveitaria ao proprietario dos materiaes, plantas ou sementes, mas cuja conservação será util á sociedade.

Por outro lado, aquelle que planta, semeia ou edifica em terreno alheio, perde, para o dono do terreno as suas plantas, sementes e materiaes, cabendo-lhe, todavia o direito de ser indemnizado, se pode justificar a sua bôa fé, pois que augmentou a riqueza do dono do terreno. Se, porem, agiu de má fé, commetteu acto illicito e, porisso nada pode reclamar, além de que responderá por perdas e damnos (13-a).

(13-a) Codigo Civil, arts. 546 e 547.

Estas accessões industriaes obedecem ás normas das bemfeitorias de que já se occupou este livro no § 29.

Considera-se de bôa fé, no caso agora considerado, aquelle que suppõe usar do que é seu, quer se trate do que está na posse do terreno, ou do constructor, sementeiro ou plantador.

Quando ambas as partes estão de má fé, nenhuma dellas poderá pretender que o direito lhe dê vantagens superiores ás concedidas á outra. O dono do terreno adquirirá a construcção e as plantas, com o encargo de indemnizar. Presume-se de má fé o proprietario, que não impugna o uso da sua terra, onde o estranho trabalha, construindo, plantando ou semeando na sua presença (14).

Quando os materiaes da construcção, as plantas, ou as sementes não pertencem a quem, de bôa fé, os empregou em solo alheio, ao dono dos materiaes, plantas e sementes, o proprietario do solo deve indemnizar, quando o plantador, ou constructor não o puder fazer (15).

VII. *Legislação comparada.* a) O *Codigo Civil francez* distingue a accessão sobre o que a coisa produz, como os fructos naturaes da terra, os fructos civis, a cria dos animaes e accessão sobre o que se une e incorpora á coisa (arts. 547 e seguintes). Se os fructos são devidos ao trabalho de terceiro, o proprietario só os adquire mediante reembolso das despesas feitas com a producção (art. 548), por applicação da norma *fructus non sunt nisi deductis impensis*.

As ilhas, ilhotas e aterros, que se formam nos leitos dos rios navegaveis ou fluctuaveis, pertencem ao Estado, se não ha titulo ou prescripção contraria (art. 560). Se as

(14) *Codigo Civil*, art. 548.

(15) *Codigo Civil*, art. 549.

ilhas se formam em rios não navegáveis nem fluctuáveis pertencem aos proprietários ribeirinhos do lado em que a ilha se forma; se não se formam de um lado, pertencem aos proprietários ribeirinhos dos dois lados, a partir da linha, que se supõe traçada ao meio do rio (art. 561). Se o rio, formando novo braço, corta e abraça o campo de um proprietário ribeirinho, o transforma em ilha, esse proprietário conserva a propriedade do seu campo (art. 562).

Se o rio forma novo curso, abandonando o antigo leito, os proprietários ribeirinhos podem adquirir a propriedade do antigo leito, até, o meio do rio. O preço será fixado por peritos (art. 563 modificado pela lei de 8 de Abril de 898). O preço da venda é distribuído entre os proprietários das terras ocupadas pelo novo rio, a título de indemnização, em proporção da perda soffrida.

b) O *Código Civil italiano* regula o direito de accessão resultante da alluvião, nas aguas correntes (artigo 454) e nega-o relativamente aos lagos e tanques (455). O art. 456 trata da avulsão semelhantemente ao que dispõe o nosso *Código Civil*.

As ilhas e ilhotas formadas no leito dos rios publicos, pertencem ao Estado, se não ha titulo ou prescripção em contrario (art. 458). Se formadas em rios não navegáveis nem fluctuáveis, pertencem aos proprietários marginaes, até á linha mediana (458). Se o rio, formando novo curso, circunda as terras e faz uma ilha, os proprietários conservam os seus direitos, salvo se o Estado desapropria o terreno (art. 460).

Quando o rio forma novo leito, o leito abandonado, pertence aos proprietários confinantes, das duas margens, dividido o leito ao meio (art. 461).

c) *Código Civil portuguez*. Pertence aos donos dos prédios confinantes com os rios, ribeiros, ou quaesquer cor-

rentes de agua, tudo o que, por acção das aguas se lhes unir, ou nelles fór depositado (art. 2.291). Mas aquillo que fôr arrancado de um predio por avulsão e levado a outro, pode ser reclamado pelo proprietario do primeiro predio, somente, até tres meses, se antes não fôr intimado para fazer a remoção no prazo, que judicialmente lhe fôr assignado (art. 2.292).

O alveo abandonado pertence aos donos dos predios invadidos, cada um na proporção do terreno perdido pela variação da corrente (art. 2.293) (16).

As ilhas e mouchões, que se formarem nos mares adjacentes ao territorio portuguez, ou nos rios navegaveis ou fluctuaveis, pertencerão ao Estado, salvo concessão ou prescripção (art. 2.294). Os mouchões formados em rios não navegaveis nem fluctuaveis pertencerão aos proprietarios marginaes (art. 2.295). Se a corrente se dividir em dois ramos, os donos dos predios invadidos conservarão os direitos, que tinham, no terreno invadido pela corrente (artigo 2.296).

Applicam-se, igualmente, estas disposições aos phenomenos analogos, que possam occorrer nos lagos e lagôas (art. 2.297) (17).

Os arts. 2.304 a 2.308 occupam-se de plantações, sementeiras e construcções, de modo approximado ao do nosso Codigo Civil, excepto o ultimo dos artigos referidos, que dispõe: "O dono do predio, onde existirem arvores alheias, poderá adquiril-as, pagando o seu valor, excepto se, por effeito de contracto, se tiver obrigado a conserval-as no dominio alheio, por certo numero de annos, que nunca poderão exceder a trinta".

(16) Differe a solução dada pelo art. 544 do Codigo Civil brasileiro.

(17) V., em sentido differente, o art. 539 do nosso Cod. Civil.

d) *Código Civil Chileno*. O terreno de alluvião accede ás propriedades ribeirinhas, dentro das suas respectivas linhas de demarcação; mas em portos habilitados pertencerá ao Estado (art. 650). A parte do solo arrancada, por força natural violenta, de um sitio e arremessada a outro, deve ser reclamada dentro de um anno, se o não fôr, o dono do predio onde ella foi ter a fará sua (art. 652). Se um predio fôr inundado, o terreno restituído pelas aguas, dentro de dez annos, volverá aos seus antigos donos (art. 653).

Se o rio muda de curso, os proprietarios ribeirinhos, com permissão da autoridade competente, poderão fazer as obras necessarias para restituír as aguas ao seu acostumado leito; e a parte deste, que ficar em secco accederá aos predios contiguos. Concorrendo ribeirinhos de ambos os lados, uma linha longitudinal dividirá o novo terreno em duas partes eguaes; e cada uma destas accederá aos predios contiguos (art. 654). Se o rio se divide em dois braços, que não vovem depois a juntar-se, as partes do leito anterior, que a agua deixar descoberta, accederão aos predios contiguos (art. 655).

O art. 656 regula as relações decorrentes de formação de ilhas em rios particulares. As que se formam no mar territorial ou em rios e lagos navegaveis por barcos de mais de cem toneladas, pertencerão ao Estado (art. 597).

e) *O Código Civil suíço*, arts. 671 e seguintes, occupa-se das construcções pelo modo seguinte.

Quando um proprietario emprega materiaes de outrem, para construir no seu proprio terreno, ou quando um terceiro emprega materiaes seus em terreno de outrem, esses materiaes tornam-se partes do immovel. Mas, se os materiaes foram empregados sem consentimento do seu dono, poderá este reivindicá-los á custa do proprietario do solo, contanto que não produza damno excessivo. Se a construcção foi feita contra a vontade do proprietario do solo, este

pode exigir, sob as mesmas condições, que os materiaes sejam retirados á custa do constructor (art. 671). Não havendo remoção dos materiaes, o proprietario do terreno paga, pelos materiaes, uma indemnização equitativa. Se o proprietario do terreno procede de má fé, pode ser condemnado a uma reparação integral do damno. Se o constructor é que procede de má fé, a indemnização não excederá o minimo do valor da construcção para o dono do solo (artigo 672). Quando o valor da construcção excede, evidentemente, o do terreno, a parte, que está de bôa fé, pode requerer que a propriedade do todo seja attribuida ao proprietario dos materiaes, mediante equitativa indemnização (art. 673).

À respeito das plantações, applicam-se as mesmas regras acima expostas (art. 678).

f) O *Projecto de reforma do Codigo Civil argentino* regula, nos arts. 1.488 e seguintes, a materia de que trata este paragrapho. Os terrenos accrescidos, por sedimentação ou afastamento natural das aguas, pertencem aos donos dos terrenos confinantes com rios navegaveis ou não, arrosios e torrentes (art. 1.488). A ilha formada pela abertura de novo leito da corrente continuará pertencente ao dono do terreno, onde se formou; porem o alveo entrará para o dominio publico, sem qualquer indemnização. Se as aguas o abandonarem, o dono do terreno recobrá o dominio (art. 1.490). Pertencem ao Estado: a alluvião, que accede a um caminho do dominio publico; a parte do alveo descoberta por causa de canalização, diques ou obras artificiaes; a alluvião que se produza na orla do mar (artigo 1.492).

O leito abandonado dos rios e lagos pertence ao dominio privado do Estado, desde que não sejam os rios navegaveis e se trate de pequenas lagôas (art. 1.493). No caso de avulsão, o dono do predio, de onde se deslocou

a parte do solo, poderá retiral-a emquanto não se tiver produzido adhesão natural. Não se tratando de objectos susceptíveis de adhesão, applicar-se-á o disposto sobre coisas perdidas (1.495).

O que semeia, planta ou edifica, com materiaes alheios, adquire a propriedade destes, porem deverá o seu valor. Se tiver procedido de má fé, responderá, tambem, pelos danos. O dono dos materiaes poderá reivindicá-los, quando se vierem a separar (art. 1.496).

Os artigos seguintes consideram a sementeira, plantação e construcção em terreno alheio; a má fé do plantador ou constructor; a de ambas as partes; as despesas e melhoramentos occorridos depois da notificação da demanda (arts. 1.497 a 1.500).

§ 40

DO USOCAPIAO (1)

I. *Usocapião é a aquisição do dominio pela posse prolongada. Est acquisitio dominii per possessionem prolixam et justam, vel acquisitio per usum (CALVINO). Ou ainda: Est adjectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti (MODESTINO, D. 41. 3. fr. 3).*

(1) ALMEIDA OLIVEIRA, *Prescrição*, ps. 300 e segs.; LAFAYETTE, *Direito das coisas*, §§ 59-63 e 70; LACERDA DE ALMEIDA, *Direito das coisas*, § 44; TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das leis civis*, art. 1.325 e nota; VIRGILIO DE SÁ PEREIRA, *Manual do Código Civil*, VIII, § 28; PLANIOL, *Traité*, I, ns. 1.462 e 1.463; PLANIOL et RIPERT, III (avec le concours de MAURICE PICARD), ns. 688 e segs.; HUC, *Commentaire*, XIV, ns. 431 e segs.; BAUDRY LACANTINERIE et TISSIER, *De la prescription*,

II. Ainda que haja pontos de contacto entre a prescrição e o usucapião, os dois institutos differem, pois que o primeiro extingue acções reaes ou pessoas e o segundo é modo de adquirir direitos reaes. Os glossadores haviam unificado esta materia, levados por naturaes semelhanças, que se explicam por se originarem os dois institutos da acção do tempo; mas desattendendo á finalidade e ao pensamento fundamental que os distingue. Reagiu contra essa orientação a escola historica, e, não obstante alguns autores, como FADDA e BENZA, ainda sustentarem a unidade de conceito da prescrição e do usucapião, os argumentos invocados calaram no espirito do maior numero.

No Brasil discutiu-se este ponto de classificação de direitos, por occasião de se elaborar o Codigo Civil. Opinavam alguns dos nossos mestres de então pela unidade do conceito. Os Codigos Civis vigentes, seguindo o exemplo do francez (arts. 2.219-2.281) punham remate ás suas disposições com a prescrição extinctiva e a acquisitiva. O italiano (arts. 2.105-2.147), o chileno (artigos 2.492-2:521), o argentino (arts. 3.497-4.043) adoptaram esse methodo. A identidade do nome (pois que os dois institutos se denominavam de prescrição) fazia suppor a identidade de conceito.

Outros entendiam que a prescrição acquisitiva deveria ser tratada no quadro do direito das coisas, e a extinctiva no do direito das obrigações.

ns. 584-620 e 650 e seguintes; AUBRY et RAU, *Cours*, II, § 216; DERNBURG, *Pandectas*, § 222; WINDSCHEID, *Pandectas*, I, §§ 105 e 183; CUQ, *Institutions romaines*, II, ps. 243-251 e 822; RAYMUNDO SALVAT, *Derecho civil argentino*, *Derechos reales*, I, ns. 813 e segs.; PEREIRA BRAGA, *Usucapião de immovel*, na *Revista de direito*, vol. LII, p. 262 e segs.; DANIEL DE CARVALHO, na *Revista jurídica*, vol. XIV, ps. 295 e segs.; STOLFI, *Diritti reali*, ns. 205 e segs..

Afinal assentou-se em aceitar o methodo preferido pelo Projecto primitivo, com apoio na bôa doutrina: a prescripção na parte geral, porque ella extingue o tegumento protector do direito, a acção, ferindo-o em todos os seus departamentos, e não somente no das obrigações; e o usocapião, entre as formas geradoras de direitos reaes.

III. O tempo é uma força na vida juridica. "O que durou por muito tempo, disse WINDSCHEID, só por essa razão, parece alguma coisa de solido e indestructivel (2). Na prescripção, elle tem a funcção destruidora. *Edax rerum*. No usocapião é creador.

O fundamento do usocapião é a posse unida ao tempo. A posse é o factio objectivo; o tempo a força que opera a transformação do factio em direito. Outros elementos intervêm, mas são estes os fundamentaes.

O nosso direito conhece tres formas de usocapião: o extraordinario, o ordinario e o especial.

IV. O *usocapião extraordinario* foi creado pelo Código Civil, art. 550, nos termos seguintes:

Aquelle que, por trinta annos, sem interrupção nem opposição, possuir, como seu, um immovel, adquirit-lhe-á o dominio, independentemente de titulo e bôa fé, que, em tal caso, se presumem; podendo requerer ao juiz, que assim o declare por sentença, a qual lhe servirá de titulo para a transcripção no registro de immoveis.

(2) *Pandectas*, I, § 105; KOHLER, *Lehrbuch*, I, § 81, III; ENDEMANN, *Lehrbuch*, I, § 90; *Theoria geral do direito civil*, § 77.

A philosophia dirá que o tempo não pode ser, exactamente, definido, por ser a condição a priori de toda experiencia e não uma coisa comparavel a outras. Mas, sendo a ordem successiva das coisas, como disse LEIBNIZ, é factor consideravel, é força de grande poder nas relações juridicas.

Os requisitos deste usocapião trintenário são:

a) *A posse.* Deve ser continua, sem interrupção nem opposição, e exercida a título de dono, *animo domini*. Estas qualidades da posse são indispensáveis, para que ella se converta em dominio. O successor a título universal une a sua posse á do antecessor, com o caracter que ella tiver; o successor particular poderá unil-a, se lhe convier (2-a).

b) *O tempo.* O espaço de tempo exigido é o decurso de trinta annos. Nenhuma acção tem maior duração.

c) *A sentença.* O Poder judiciário verifica se os requisitos de continuidade e tranquillidade da posse em nome do proprio possuidor concorrem, ouvidas testemunhas e examinados documentos; e declara consumado o usocapião. A sentença é o título, que o adquirente ha de levar ao registro, para a transcrição.

d) *A transcrição.* E' esta formalidade que ultima a evolução do phenomeno e cria o dominio por effeito do usocapião. A transcrição fixa, legaliza e publica o dominio.

O direito real, que se adquire por usocapião, deve ter por objecto coisa corporea. Ha, porem, coisas desse genero, que não podem ser assim adquiridas. Taes são: *as coisas do dominio publico, de uso commum do povo, de uso especial e dominicaes* (3). *As que estão fóra do commercio.*

(2-a) V. o. § 17 deste livro.

(3) Código Civil, arts. 65 a 67; dec. n. 19.924, de 27 de Abril de 1931; 21.235, de 2 de Abril de 1932; n. 22.658, de 20 de Abril de 1933; e dec. n. 22.785, de 31 de Maio de 1933, art. 2.º. O art. 66 do Código Civil declara, exemplificando, quaes são os bens de uso commum do povo: mares, rios publicos, ruas e praças; os de uso especial (edificios ou terrenos applicados ao serviço ou estabelecimento federal, estadual ou municipal) e os dominicaes ou patrimoniaes, da União, dos Estados e dos municipios.

por insusceptíveis de apropriação, também não podem ser usocapidas. As legalmente inalienáveis, porém (4), podem ser adquiridas por usocapição trintennario. Entram nesta classe o bem de família, os dotaes, e os doados ou testados com a clausula de inalienabilidade.

No direito anterior mencionavam-se entre as coisas fóra do commercio, as *sagradas*, como os templos e as imagens, e as *religiosas*, como os cemiterios. Os cemiterios, perdendo embora o caracter religioso, continuam inalienáveis, por serem coisas do dominio publico. Os templos são, de facto, inalienáveis, em virtude da crença religiosa, ainda que o direito não lhes attribua esse caracter.

V. O processo para a declaração judicial do usocapição estava confiado á legislação processual dos Estados. Agora unificado o processo civil pelo decreto-lei numero 1.608, de 18 de Dezembro de 1939, a acção de usocapição está regulada pelos arts. 454 a 456 desse decreto.

Limita elle o usocapição ao dominio, e ás servidões, no que se não harmoniza com o pensamento do Codigo Civil. No direito anterior, adquiriam-se por usocapição outros direitos reaes, segundo se vê em LAFAYETTE, *Direito das coisas*, § 62. Não ha razão, sufficiente para não ser o mesmo agora desde que se reunam os requisitos legaes.

VI. Encontra-se esta forma de usocapição extraordinario, baseado, exclusivamente, na posse diuturna e tranquilla, em differentes legislações.

O Codigo Civil portuguez, art. 529, dispõe: "Quando a posse dos immoveis ou dos direitos immobiliarios . . .

(4) Codigo Civil, art. 69. V. *Codigo Civil commentado*, a este artigo.

tiver durado pelo tempo de trinta annos, dar-se-á a prescripção, sem que possa allegar-se a má fé, ou a falta de titulo”.

O hespanhol, art. 1.959: “Prescrevem tambem o dominio e os demais direitos reaes sobre os bens immoveis por sua posse não interrompida durante trinta annos, sem necessidade de titulo nem de bôa fé, e sem distincção entre presentes e ausentes”.

O Codigo Civil argentino, art. 4.015, contem provisão semelhante, accrescentando excepção a respeito das servidões para cuja prescripção se necessita de titulo (4-a).

O Codigo Civil do Uruguay, art. 1.211, semelhantemente, dispensa titulo e bôa fé, para a prescripção de bens immoveis e outros direitos reaes, decorridos trinta annos de posse.

O Chileno, art. 2.510-2.513, estabelece regras para a prescripção extraordinaria de trinta annos. Dispensa o titulo e presume a bôa fé, salvo no caso em que ha mera detenção, no qual, ao contrario, a presumpção é de má fé.

No Japão, aquelle que publica e, pacificamente, possue *coisa alheia* durante vinte annos, a titulo de proprietario, adquire a propriedade da mesma, diz o Codigo Civil, art. 162, primeira parte, sem distinguir as coisas moveis das immoveis. Contenta-se com prazo menor, apenas de dez annos, o Codigo Civil do Mexico, art. 1.151, quando a posse, ainda que de má fé, se exerce, publica e pacificamente, a titulo de propriedade.

(4-a) O Projecto de reforma do Codigo Civil argentino, art. 1.541, reduz o prazo a vinte annos, prefere o nome de usocapião e manda inscrever a sentença que reconheça os direitos originados da posse, no caso regulado.

Pelo direito allemão, como pelo suíço, a regra é que o immovel inscripto no registro predial não está sujeito ao usocapião, salvo se o proprietario é fallecido ou declarado ausente, caso em que o possuidor, decorridos trinta annos de sua posse, é admittido a requerer a exclusão do registro do nome do antigo proprietario que será substituído pelo seu, por sentença judicial (Codigo Civil allemão, artigo 927). O Codigo Civil suíço, art. 662, considera mais os casos, em que o immovel não se ache registrado ou o registro não revele o nome do proprietario.

VII. *Usocapião ordinario*. O usocapião ordinario é a aquisição do immovel pela posse a titulo de dono, por dez annos entre presentes, ou vinte entre ausentes, continua e incontestada com justo titulo e bôa fé (Codigo Civil, artigo 551). Reputam-se presentes os moradores do mesmo municipio, e ausentes, os que habitam, municipio diverso (art. cit., § unico).

Os requisitos do usocapião ordinario são, de accordo com a definição dada:

a) *Psychologico*: A convicção, por parte do possuidor, de que o immovel lhe pertence. Por outros termos: a convicção de que possui a coisa como propria, *animo domini*, e de que a sua posse tem fundamento juridico. Nisto consiste a *bôa fé*, que exclue a posse viciosa (violenta, clandestina ou precaria), e que se presume persistir emquanto não ha prova em contrario.

b) *Objectivos*. A posse deve ser *continua e incontestada*. A continuidade consiste no facto de ter o possuidor a coisa como sua, durante o tempo necessario para usocapil-a, admittindo-se que una a sua posse á do seu antecessor. A posse para conduzir ao usocapião deve ser pacifica, isto é, não contestada no decurso dos dez ou vinte annos exigidos por lei a fim de produzir esse effeito.

Ha de basear-se em *titulo justo*, isto é, em acto ou facto juridico habil para adquirir-se ou transferir-se a propriedade, como a successão hereditaria e a transcripção. Pode o titulo ser defeituoso ou inefficiente; mas o transcurso do tempo sana essa falha, se concorrem os outros requisitos: posse justa, ininterrupta e pacifica, nos termos acima expostos, bôa fé e transcripção, quando o titulo é translativo da propriedade por acto entre vivos. Tambem a transmissão do immovel por direito hereditario deve ser transcripta quando o herdeiro ou legatario o aliena ou sobre elle constitue direito real.

Como se disse em relação ao usocapião extraordinario, cumpre tambem notar que ha coisas, que não podem ser adquiridas por usocapião ordinario. E estas são mais numerosas. Além das coisas publicas e das insusceptiveis de apropriação, não podem ser usocapidas as particulares inalienaveis, porque não se lhes pode attribuir a posse de bôa fé, nem se fundará em justo titulo.

VIII. As causas, que obstam, suspendem ou interrompem a prescripção, applicam-se tambem ao usocapião (Codigo Civil, art. 553).

Assim não se verifica usocapião:

- a) Entre conjuges, na constancia do matrimonio.
- b) Entre ascendentes e descendentes, durante o patrio poder.
- c) Entre tutelados ou curateiados e seus tutores ou uradores, durante a tutela ou curatela.
- d) Em favor de credor pignoraticio, do mandataio, e, em geral, das pessoas, que lhes são equiparadas, contra o depositante, o devedor, o mandante e as pessoas representadas, os seus herdeiros, quanto ao direito e obriga-

ções relativas aos bens confiados á sua guarda (Codigo Civil, art. 168).

Em todos estes casos, faltam requisitos essenciaes do usocapião. Entre conjuges, se o regimen é de communhão, pois que os bens constituem uma massa a ambos pertencente, é inconcebivel a posse de um delles a titulo de senhor exclusivo, assim como faltaria a bôa fé por parte do que pretendesse, alterando o regimen, que é inalteravel, excluir do patrimonio commum, em seu proveito, qualquer porção de bens. Ainda, porem, que o regimen seja de separação, a lei não permite prescripção extinctiva nem usocapião em favor de um dos conjuges contra o outro, por motivos de ordem moral e para evtiar abusos possiveis. Alem disso, como observa HUC, a posse do conjuge seria, quasi sempre, equivocada, sendo difficil saber se o conjuge possuia em seu nome, ou na qualidade de mandatario do outro (5).

Os ascendentes; durante o patrio poder, porque administram os bens dos descendentes e em attenção á harmonia que deve reinar, acham-se, naturalmente, impedidos de usocapir coisas do patrimonio dos menores sob sua autoridade e direcção. Mais forte ainda é o impedimento do usocapião dos menores a respeito de bens das pessôas sob cuja autoridade se acham.

Os bens dos pupillos e curatelados entregues á administração dos tutores e curadores não podem ser por estes usocapidos, por isso mesmo que os administram, devendo prestar contas. Não possuem como donos; apenas são guardadores de coisa alheia, para dar-lhe a applicação economica, a que ella se destina.

(5) *Commentaire*, XIV, n. 420.

A posse subordinada do depositario, mandatario, credor pignoratício, e outras pessoas, aos mesmos equiparadas, não conduz a usocapião, porque, sem falar em motivos de ordem ethica, se restringe aos efeitos da relação jurídica, em que se funda.

Os absolutamente incapazes, os ausentes do Brasil em serviço publico da União, dos Estados ou dos Municipios, os militares, em tempo de guerra, não soffrem, nos seus bens, o effeito do usocapião (Codigo Civil, art. 169), porque não podem defender a sua propriedade. Os absolutamente incapazes, em virtude dessa mesma incapacidade, e os que se acham fóra do paiz em serviço publico, entre os quaes se incluem, particularmente, os militares em tempo de guerra, porque afastados dos seus interesses particulares por necessidade de ordem superior, estariam arriscados a vel-os sacrificados, enquanto se achavam presos ao interesse geral; e seria injusto que a lei não lh'os acautelasse, especialmente, como faz. Um adagio latino exprime essa protecção em favor dos incapazes e das outras pessoas agora consideradas, nos termos seguintes: *Contra non valentem agere non currit praescriptio*.

IX. Também não corre usocapião:

- a) Pendendo condição.
- b) Não estando vencido o prazo.
- c) Pendendo acção de evicção (Codigo Civil, artigo 170).

Por excesso de clareza, menciona o Codigo Civil estes casos de impedimento da prescripção extinctiva, applicaveis á acquisitiva, por determinação do art. 553. Somente depois de realizada a condição, ou vencido o prazo, cabe ao titular do direito subordinado a condição ou prazo exigir a entrega ou restituição do bem, e somente a contar desse

momento seria licito allegar posse da coisa como sua. Aliás, a essa posse faltaria justo titulo e bôa fé, requisitos essenciaes ao usocapião ordinario.

Proposta a acção de evicção contra o possuidor, a sua posse como dono é contestada, e, consequentemente, perde um dos requisitos essenciaes á consumação do usocapião, ainda que, de facto, não desapareça a bôa fé. E o Codigo Civil, art. 172 declara que a citação pessoal feita ao devedor, ou ao possuidor, no caso agora em vista, interrompe a prescripção como tambem interrompe o proseguimento da posse para o usocapião. A' citação attribue a lei esse effeito, ainda que ordenada por juiz incompetente (art. 172); se, porem é nulla por vicio de forma, por circumducta, ou por se achar perempta a instancia, ou a acção, é inoperante (art. 175).

O protesto judicial, expondo os fundamentos do direito, que se procura resalvar, intimado ao possuidor, ou publicado por editaes importa contestação da posse e interrompe a marcha do usocapião (Codigo Civil, art. 172, II). Eguamente, se obtem esse resultado por qualquer acto inequivoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito do agente, pelo possuidor (artigo cit., ns. III e IV).

X. O Codigo Civil portuguez denomina prescripção positiva o que o nosso preferiu designar, pelo nome romano, de usocapião. A posse para o effeitos da prescripção deve ser titulada, isto é, fundada em justo titulo, de bôa fé, pacifica, continua e publica (art. 517). Os immoveis e os direitos immobiliarios podem ser prescriptos: No caso de registo de mera posse, por tempo de cinco annos; no caso do registo do titulo de aquisição, por tempo de dez annos, contados em ambos os casos, desde a data do registo (atr. 526). Se a posse tiver durado por dez annos ou mais, alem dos prazos estabelecidos, dar-se-á prescripção.

independente de titulo e de bôa fé, salvo se a posse é exercida em nome de outrem (art. 527). Faltando o registo da posse ou da aquisição do direito real, a prescripção só se consuma com quinze annos (6).

Código Civil hespanhol. Para a prescripção ordinaria do dominio e outros direitos reaes, é necessaria a posse com bôa fé e justo titulo, pelo tempo determinado na lei (art. 1.940), e deve ser a titulo de dono, publica, pacifica e ininterrupta (art. 1.941). O dominio e os outros direitos reaes sobre immoveis prescrevem pela posse durante dez annos entre presentes e vinte annos entre ausentes, com bôa fé e justo titulo (art. 1.957). Mas, contra titulo inscripto no Registro da propriedade, não haverá prescripção ordinaria do dominio e mais direitos reaes, salvo em virtude de outro titulo igualmente inscripto, começando a correr o tempo, desde a inscripção do segundo (art. 1.949).

Código Civil francez. Aquelle que adquire, de bôa fé e por justo titulo, um immovel, se torna seu proprietario depois de dez annos, por effeito da prescripção, se o verdadeiro proprietario habita no districto jurisdiccional da Corte de Appellação, dentro do qual está situado o immovel; e depois de vinte annos, se está domiciliado fora dessa jurisdiccão (art. 2.265).

O Código Civil argentino, art. 3.999, reproduz o francez, 2.265, com a differença de referir-se á provincia, onde reside o verdadeiro proprietario, em vez da circumscripção jurisdiccional da Corte de Appellação.

O Projecto de reforma desse Código dispõe de modo differente. Diz o art. 1.545: Quem tiver adquirido um immovel, de bôa fé e com justo titulo, obterá o dominio do mesmo pela posse continua de dez annos contados des-

(6) Para explanação desta materia: CUNHA GONÇALVES, *Direito civil*, III, ns. 423 e segs..

de que o acto translativo se ache inscripto no Registro, e sempre que, por esse meio, já não tiver alcançado a propriedade. Em condições eguaes, poderá adquirir os bens aquelle que possua uma herança, quando exista declaratoria a seu favor, em virtude da morte real ou presumida do titular. O dispositivo applica-se ao legatario de coisa determinada.

Não ha distincção entre ausentes e presentes.

Codigo Cível do Chile. A prescripção acquisitiva ordinaria dos immoveis consuma-se em dez annos entre presentes, e em tempo duplicado entre ausentes. Ausentes são os que residem em paiz estrangeiro (art. 2.508).

Codigo Civil do Uruguay. A propriedade dos immoveis, ou outros direitos reaes, adquire-se pela posse de dez annos entre presentes e vinte entre ausentes, com bôa fé e justo titulo (art. 1.204). Reputa-se ausente o proprietario, que reside em paiz estrangeiro (art. 1.205).

Codigo Civil do Perú. Adquirem immoveis por prescripção os que os tiverem possuido, como proprietarios, de modo continuo, durante dez annos, com justo titulo e bôa fé, ou durante trinta annos sem estes ultimos requisitos (art. 872).

Codigo Civil suisso. Os direitos daquelle que se inscreveu, sem causa legitima, no registro predial, como proprietario de um immovel, não podem mais ser contestados, quando a posse de bôa fé dura dez annos, sem interrupção nem opposição (art. 661) (6-a).

XI. *Usocapião especial.* A Constituição de 1934, art. 125, reproduzida, nesta parte, pela de 1937, art. 148, creou uma especie nova de usocapião, em beneficio do bra-

(6-a) Vejamos mais: o italiano, art. 2.137 (dez anos); o venezuelano, art. 2.054 (dez annos); o mexicano, 1.152, I e o japonês, 162 e 163.

sileiro, que, não sendo proprietário rural ou urbano, ocupar, por dez annos continuos, sem opposição nem reconhecimento de dominio alheio, um trecho de terra até dez hectares tornando-o productivo por seu trabalho e tendo nelle a sua morada.

Exige-se que o occupante seja brasileiro; que a sua posse seja pacifica e ininterrupta; que o trecho occupado não se ache no dominio conhecido de alguém. Dispensam-se justo titulo e bôa fé. As terras podem ser do dominio publico ou particular, abrindo-se, em relação a este caso, excepção ao principio de que as terras do dominio da União, dos Estados, ou dos Municipios não podem ser usocapidas.

Esta modalidade do usocapão funda-se no intuito de promover o aproveitamento do solo e de incentivar o trabalho agricola, o que é de applaudir-se, e mais util ainda seria se do favor não fosse excluido o estrangeiro.

§ 41

DA ESTENSAO DO DIREITO DE PROPRIEDADE IMMOVEL

I. A estensão da propriedade immovel pode ser considerada segundo a area, que occupa a mesma na superficie da terra, no plano horizontal, na altura acima da superficie e na profundidade abaixo da superficie.

A estensão horizontal é determinada pelos limites de cada predio, e tudo quanto adhire á superficie, até prova em contrario, pertence ao proprietario. No § seguinte, ns. III, VI e VIII, será apreciada a materia dos limites.

A accessão, materia de que se occupou o § 39, tambem encerra a idéa de estensão do direito de propriedade; como, porem, nella prepondera o momento da aquisição, deve ser considerada, preferentemente, onde a sua função tem precedencia logica e apparece como um dos elementos geradores da propriedade.

II. Grande interesse apresenta a estensão do direito de propriedade sobre o espaço aereo acima do immovel, ou a columna atmospherica perpendicularmente erguida sobre a area do predio.

Diz o Codigo Civil, art. 526: *A propriedade do solo abrange a do que lhe está superior e inferior, em toda a altura e em toda a profundidade uteis ao seu exercicio, não podendo, todavia, o proprietario oppor-se a trabalhos que sejam comprehendidos a uma altura ou profundidade taes, que não tenha elle interesse algum em impedil-os* (1).

O direito de propriedade sobre o immovel estende-se ao espaço aereo, dentro dos limites determinados pelas necessidades sociaes, em harmonia com a utilidade do proprietario.

Esta materia adquiriu importancia e complexidade, que não apresentava no tempo, em que se elaborou o Co-

(1) SÁ VIANNA, *Dominio aereo*, na *Sciências e letras*, I, ps. 46-51; AUBRY et RAU, *Cours*, II, § 192; PLANIOL et RIPERT, III, ns. 251-253; JHERING, *Œuvres choisies*, trad. Meulenaere, II, ps. 105 e segs.; ENDEMANN, *Lehrbuch*, II, § 71; WINDSCHEID, *Pandette*, trad. italiana de Fadda e Bensa, § 139, nota 3; KOHLER, *Lehrbuch*, II, 2, Theil, § 65; GABBA, *Questioni*, I, *Della proprietà usque ad sidera et inferos*; H. SIMAS, *Código brasileiro do ar anotado*, 1939; FAUCHILLE, *Le domanie aérien et le régime juridique des aérostats*; GEORGES RIPERT, *O regimen democratico e o direito civil moderno*, trad. J. Cortezão, n. 136. MATTOS DE VASCONCELLOS, *Direito administrativo*, I, p. 244.

Consultem-se: a Convenção de 13 de Outubro de 1919, firmada em Paris; a de 1.º de Novembro de 1926, concluida em Madrid; a de 20 de Fevereiro de 1928, votada em Havana, e o Codigo brasileiro do ar, publicado em 8 de Junho de 1938.

digo Civil. Com o desenvolvimento da navegação aerea, novos interesses surgiram, de ordem commercial, de politica interna e de politica internacional. E esse grupo de valiosas relações juridicas, hoje constitue um ramo especial do direito, o direito aereo, com legislação adequada, nos varios dominios, que abrange. O Brasil possui o *Codigo brasileiro do ar*, que comprehende principios geraes (Introdução), direito publico aereo e direito privado aereo. E' esta ultima parte que nos interessa, agora, no que se refere, mais directamente, ao direito civil.

III. O *Codigo brasileiro do ar* concilia o direito de navegação aerea e o direito de propriedade sobre a columna atmospherica erguida sobre o immovel. Como o direito de navegação protege interesses mais altos, da collectividade nacional e das relações internacionaes, não cabe ao do proprietario do solo dar a medida da estensão do dominio aereo particular. Esse interesse não pode ser invocado para impedir o vôo das aeronaves.

Preceitua o *Codigo do ar*, art. 61: — *O direito de vôo sobre as propriedades privadas não deverá prejudicar o da propriedade do solo, tal como o define a legislação civil. Paragrapho unico — O proprietario do solo não se poderá oppor á partida de aeronave, que haja sido forçada a pousar em sua propriedade, salvo o direito de arresto, como garantia de reparação de damnos eventuaes, pela mesma causados.*

Se a medida preventiva do proprietario do solo fôr requerida sem justa causa, responderá o requerente por perdas e damnos (art. 65). Não tem cabimento nesta parte do Direito civil, a apreciação do damno causado pelas aeronaves em vôo, em manobras de partida, ou chegada, nem pelo alijamento de quaesquer objectos, nem, tão pouco, dos causados pela aeronave em repouso. Se a essas obrigações civis se allude, neste momento, é para caracterizar

a conciliação dos direitos de propriedade sobre a columna atmospherica superior ao immovel e o de navegação aerea. Enfrentam-se dois direitos, que, tendo finalidade differente, recáem, simultaneamente, sobre o mesmo objecto corporeo, sem que um prejudique o outro, em sua expansão normal.

IV. A propriedade do solo abrange a do subsolo, em linhas verticaes, até uma profundidade util ao gozo inherente ao dominio. Esse direito, porem, é limitado não somente, em face do Codigo Civil, que lhe dá por medida a utilidade do proprietario, como, ainda, em face do Codigo de Minas, que, no art. 4, exceptua da propriedade do subsolo as substancias mineraes e fosseis uteis á industria, materia que será exposta no § 42. Tratando-se de estensão do direito de propriedade sobre o que fica abaixo da superficie, só temos que dizer o seguinte:

A propriedade do solo abrange a do subsolo, até onde puder, normalmente, utilizal-o o proprietario da superficie, excluidos do dominio deste as substancias mineraes e fosseis uteis ás industrias, que se regem por lei especial, o Codigo de Minas, dec.-lei n. 1.985, de 29 de Janeiro de 1940, que substituiu o de 10 de Junho de 1934.

V. *Legislação comparada.* O Codigo Civil allemão, art. 905, dispõe: "A propriedade do immovel abrange o que lhe fica acima ou abaixo. Comtudo o proprietario não pode oppôr-se ao que se fizer a tal profundidade ou a tal altura, que elle nenhum interesse tenha em impedir-o".

Na elaboração do Codigo Civil allemão a primeira Comissão propoz que se supprimissem a segunda parte do artigo, por não ter interesse pratico, dizia; mas, precisamente, por havel-o, foi mantida.

O Codigo Civil suisso, art. 667, tambem se refere á restricção medida pelo interesse do proprietario, diz ape-

nas: "A propriedade do solo abrange o que lhe fica acima ou abaixo, em toda a altura e profundidade uteis ao seu exercicio". O pensamento é o mesmo, pois que a utilidade limita a estensão da propriedade no espaço aereo e no subsolo.

Simplez, mas preciso é o art. 207 do Codigo Civil japonéz: — "A propriedade do solo abrange a do que lhe está acima ou abaixo, sob reserva das restricções estabelecidas em lei ou regulamento". Todavia a rapidez do desenvolvimento industrial já exige maior clareza na provisão, como se encontra no Codigo Civil do Perú, art. 854. que assim preceitua: "A propriedade do predio estende-se ao subsolo e ao sobresolo, comprehendidos dentro dos planos verticaes do perimetro superficial, e até onde fôr util ao proprietario o exercicio do seu direito. A regra deste artigo comprehende a propriedade do que se encontra abaixo do solo, excepto as minas e as aguas, que se regem por leis especiaes".

O art. 1.471 do Projecto de reforma do Codigo Civil argentino, assim dispõe: Com as reservas estabelecidas em lei, a propriedade de um immovel, alem de comprehender a superficie do terreno, estende-se a todo o espaço aereo e ao subsolo, que, dentro dos seus limites forem uteis ao exercicio desse direito. Não poderá o dono impedir os actos, que se realizam a tão grande altura ou tão grande profundidade, que não tenha interesse em excluil-os".

Os Codigos Civis mais antigos, consagravam a regra da estensão da propriedade immovel, para o espaço aereo e para o interior da terra, illimitadamente. O francez, artigo 552, diz simplesmente: "A propriedade do solo comprehende a do que lhe fica superior e inferior". Sobrevieram, porem, as limitações da doutrina e da legislação especial.

O Código Civil italiano, art. 440, dispõe: "Aquelle que tem a propriedade do solo tem a do espaço sobrestante, e de tudo que se acha em cima e abaixo da superficie".

O portuguez faz ressalva quanto ás minas e á possibilidade de occupação. Art. 2.288: "O direito de fruição do solo abrange, não só o mesmo solo, em toda a sua profundidade, salvas as disposições da lei em relação ás minas, mas tambem o espaço aereo correspondente ao mesmo solo na altura susceptivel de occupação".

VI. *Direitos de vizinhança* (2). Entre os limites impostos pelo direito á propriedade immovel sobresãem os resultantes da vizinhança entre os predios, que algumas legislações inscrevem como servidões legaes.

Discute-se quanto ao fundamento dessas restricções, o conjuncto das quaes constitue o direito de vizinhança. Esse direito tem por fundamento a necessidade de conciliar interesses dos proprietarios vizinhos, limitando poderes inherentes ao dominio, de modo que possam subsistir ao lado de outros pertencentes a proprietarios differentes de predios contiguos. Ha ahi um complexo de direitos e obrigações determinados pela situação que Joseph KOHLER denominou interesses da convivencia social, regulados pelo

(2) ATHOS DE MAGALHÃES, *Direito de demarcar, acção de demarcação*, ns. 5-33; TITO FULGENCIO, *Direitos de vizinhança*; SAN TIAGO DANTAS, *O conflicto de vizinhança e sua compensação*, especialmente o capitulo III da primeira parte e as duas ultimas; PHILADELPHO AZEVEDO, *Destinação do immovel*, ns. 29 a 36; DEMOGUE, *Traité des obligations*, IV, ns. 703 e segs.; CAPITANT, *Les obligations entre voisins*, na *Revue critique*, 1900, p. 156 e segs. e 228 e segs.; WINDSCHEID, *Pand.*, I, § 169, 8; DERNBURG, *Pand.*, I, § 41; ENDEMANN, *Lehrbuch*, II, § 73; SÁ PEREIRA, *Manual do Código Civil*, VIII, ns. 83 e segs.; LACERDA DE ALMEIDA, *Direito das coisas*, I, § 12; KOHLER, *Lehrbuch*, II, §§ 49 e segs.; GIRARD, *Droit romain*, p. 255-256, da 5.^a ed..

princípio de que o elemento social coexiste com o individual (3).

Nascem da situação dos immoveis, por determinação expressa de lei e não da vontade das partes, como as servidões das quaes por isso differem os direitos de vizinhança. Não constituem tambem direitos reaes, ainda que ligados aos predios, consequentemente independem de registro. O seu exercicio é facultativo, mas não renunciavel, salvo como relação pessoal estabelecida entre interessados, que somente a elles obriga. São esses direitos inherentes aos predios, dadas as situações, que, entre elles, os fazem surgir, segundo preceitos de lei; acompanham os predios nas mutações de dominio.

VII. O nosso Codigo Civil destaca, em primeiro logar, nas relações de vizinhança, o *uso nocivo da propriedade*, em dois preceitos geraes, que formam o conteudo dos arts. 554 e 555.

Dispõe o primeiro desses artigos: — *O proprietario. ou inquilino de um predio tem o direito de impedir que o máu uso da propriedade vizinha possa prejudicar a segurança, o socego e a saude dos que o habitam.*

E' o máu uso da propriedade que, por prejudicar o gozo normal da propriedade vizinha, cria para o lesado o direito de impedir a continuação do facto lesivo, que perturbou o equilibrio juridico dos interesses dos vizinhos.

(3) *Lehrbuch*, II, § 49. Nesse §, o juriconsulto cita palavras do Reichgerich, em que se diz não poder a propriedade ser considerada independente das relações que, necessariamente, resultam de uma convivencia civil disciplinada (*Beziehungen die sich mit Notwendigkeit aus einem geordneten buergerlichen Zusammenleben ergeben*).

Na mesma ordem de idéas, SAN TIAGO DANTAS, *O conflicto de vizinhança*, ns. 110 e 112; PHILADELPHO AZEVEDO, *Destinação do immovel*, p. 163. V. mais: ATHOS MAGALHÃES, *Direito de demarcar e acção de demarcação*, ns. 9 e 10.

O mau uso da propriedade é o uso anormal. O vizinho nada pode reclamar contra incomodos de pouca valia, que naturalmente, decorrem do uso normal da propriedade. O uso normal da propriedade ou se determina pelo costume do logar ou pela estensão do prejuizo causado. Se o incommodo excede ao que é razoavelmente toleravel, segundo as circumstancias, haverá mau uso da propriedade. Não havendo medida precisa para o direito do vizinho queixoso, o juiz decidirá segundo o seu justo criterio, quando o caso não se mostrar sufficientemente claro. A interpretação systematica, a analogia juridica e os principios geraes do direito illumina-o-ão para bem decidir.

O nosso Codigo Civil distribue em tres classes bem comprehensivas os prejuizos decorrentes do mau uso da propriedade:

a) Offensas á *segurança pessoal ou dos bens*, como, por exemplo, se o predio vizinho ameaça ruina, ou de sua exploração vêm cair estilhaços destruindo plantações ou animaes, trepidações damnosas etc.

b) Offensas ao *socego*. Ruidos excessivamente incommodos, gritarias a deshoras, diversões espalhafatosas e outros actos semelhantes, emissões de fumaça ou fuligem.

c) Offensas á *saude*, como emanação de gazes tóxicos, polluição de aguas, estabulos.

Em uma phrase: tudo quanto possa prejudicar a segurança, o socego e a saude dos vizinhos, segundo a formula do nosso Codigo Civil, constitue uso nocivo da propriedade, e autoriza o proprietario ou morador do predio a pedir que cesse o damno ou seja reparado se já foi produzido.

O art. 555 particulariza o caso do predio, que ameaça ruinas e dá direito ao proprietario (ou inquilino) a *exigir do dono do predio vizinho a demolição ou repara-*

ção necessaria. quando este ameace ruina, bem como que preste caução pelo damno imminente.

Entra este caso no conceito geral do mau uso e, consequentemente, poderia o disposto no art. 554 resolver o conflicto entre os vizinhos. Mas a situação juridica resultante da ruina do predio contiguo apresenta certa particularidade, que autoriza a acção demolitoria e a caução de damno imminente (4).

Os danos causados pela ruina de predios ou outras construcções são tambem considerados no art. 1.528 do Código Civil, não mais dentro do circulo do direito de vizinhança, e sim de modo geral, como violação do dever de reparar a construcção, da qual resultou damno a alguém.

IX. *Legislação comparada.* O Código Civil allemão dispõe: Art. 906: — “O proprietario de um predio, não pode prohibir a introducção (kan die Zufuerung . . . nicht verbieten) de gazes, vapores, odores, fumaças, fuligens, calores, ruidos, trepidações e outras intromissões (*Einwirkungen*), quando a intromissão não prejudica, ou somente de modo insignificante o faz, o uso do seu predio, ou é causada pelo aproveitamento habitual do outro predio, segundo as circumstancias locais dos predios na mesma situação”.

Art. 907: — “O proprietario de um predio pode exigir que não se façam nem se mantenham, nos predios vizinhos, obras cuja existencia ou uso não possa deixar de, segundo toda probabilidade, ter illicita influencia sobre o seu predio. Se a obra satisfaz ás prescripções legais, que

(4) O Código do Processo Civil do Brasil, art. 302, ns. VII e VIII, e 304, estabelece o processo da acção comminatoria com fundamento nos arts. 554 e 555 do Código Civil.

mandam guardar certa distancia a partir dos limites do predio visinho, ou observar outra medida de protecção, a remoção da obra somente pode ser pedida se a influencia illícita se realiza”.

Art. 908: — “Quando um immovel está ameaçado de ser damnificado pela ruina de um edificio ou outra obra estabelecida no predio visinho, ou por partes destacadas dessa obra, o proprietario pode exigir daquelle que, segundo o art. 836, primeira alinea, ou segundo os arts. 837 e 838, é responsavel pelo damno, que tome as providencias necessarias para afastar o perigo”.

O Codigo Civil suiso consagra sobre esse assumpto o seguinte preceito. Art. 684: — “O proprietario é obrigado, no exercicio do seu direito, especialmente nos seus trabalhos de exploração industrial, a abster-se de todo excessos, em detrimento da propriedade do visinho. São, em particular, prohibidas as emissões de fumaça ou de fuligem, as emanções incommodas, os ruidos, as trepidações de effeito damnoso, e que excedem os limites da tolerancia, *que se devem aos visinhos, tendo-se em attenção o uso local, a situação e a natureza do immovel*” (5).

Os Codigos Civis da França, da Italia, da Hespanha e de Portugal não têm dispositivos correspondentes ao artigo 554 do nosso. Providenciaram, porem, quanto á ameaça decorrente do predio em ruina, excepto o francez.

O Codigo Civil do Perú contem as seguintes provisões. Art. 859: — “O proprietario, no exercicio de seu direito e, especialmente, em seus trabalhos de exploração industrial, deve abster-se do que prejudique as propriedades contiguas ou visinhas, ou a segurança, o socego e a sau-

(5) Na lingua italiana, a ultima phrase do artigo está assim redigida: e non sono giustificati dalla situazione e destinazione dei fondi o dall'uso locale.

de de seus habitantes. Estão prohibidas as fumaças, fuligens, emanações, ruidos, trepidações e incommodos semelhantes, que excedam a tolerancia, que, mutuamente, se devem os visinhos, com attenção ás circumstancias". Artigo 860: — "Se ameaça ruina um predio ou obra, pode pedir-se a sua reparação ou demolição".

No Projecto de reforma do Codigo Civil argentino, encontram-se, no art. 1.560, as seguintes normas: "Não poderá o dono ou possuidor de um immovel: . . . 2.º Causar ruidos ou incommodos, ainda que provenham de estabelecimentos industriaes, quando, por sua intensidade e duração, forem intoleraveis, excedendo a medida dos incommodos ordinarios da vizinhança". Art. 1.561: — "Todo proprietario é obrigado a a conservar seus edificios, de modo que os materiaes, que delles se desprendam, não possam lesar os visinhos ou transeuntes, devendo reparar os damnos, que por sua negligencia causar. No caso de damno imminente, o visinho poderá exigir as medidas de segurança necessarias".

X. *Das arvores limitrophes.* — A arvore cujo tronco se acha, precisamente, na linha divisoria, até prova em contrario, pertence, em commum, aos proprietarios dos predios confinantes (Codigo Civil, art. 556), porque, não tendo largura a linha, que separa os immoveis confinantes, necessariamente, o tronco da arvore, que ahi se fixa, abrange os dois planos contiguos, e, por ambos, estende as raizes.

Já assim decidira o direito romano: *et ideo prope confinium arbor posita, si etiam in vicini fundum radices egerit communis fit* (6). E as legislações modernas mencio-

(6) *Institutus*, II, 1, § 31, *in fine*. V. tambem D. 41, 1, fr. 7, § 13, *in fine*.

nam o mesmo preceito, como se vê do Código Civil francez, art. 670, *in medio*: “as arvores plantadas na linha divisoria de dois dominios reputam-se pertencentes a ambos”; do italiano, art. 569, 2.^a alinea: “As arvores, que surgem na linha de limite entre duas propriedades, reputam-se communs, quando não haja titulo ou prova em contrario”; do allemão, art. 923, *initio*: “Se existe uma arvore no limite de dois predios contiguos, os fructos e, no caso de ser abatida, a propria arvore pertencem aos visinhos por partes eguaes”; do chileno, art. 858, do argentino, art. 2.745, do venezuelano, art. 685 e do portuguez, art. 2.745.

E' regra commum do direito civil do Occidente.

Os fructos da arvore, que se ergue na linha divisoria são communs, e os das que não estando na linha lindeira mas estendam ramos para o predio visinho, se neste vierem a cahir, pertencem ao dono ou habitante do terreno, se este fôr de propriedade particular (Código Civil, art. 557).

O direito romano (D. 43, 28, fr. unico) adoptara outra regra: permittia ao dono da arvore colher o fructo cahido no terreno visinho, sem contudo commetter violencia. O direito portuguez seguiu a mesma orientação; mas o direito germanico instituiu outra norma, a do *Ueberfallsrecht*, mais consentanea com a harmonia do direito de vizinhança e com a estensão do direito de propriedade do solo sobre o que nelle se introduz, e se encontra no espaço aereo correspondente.

Dispõe o Código Civil allemão, art. 911: “Os fructos, que cáem de uma arvore ou de um arbusto no predio visinho, consideram-se fructos desse predio. Não se applica esta disposição, quando o solo visinho serve ao uso publico”. O suiso, art. 687, diz: “O proprietario que deixa ramos de arvores avançar sobre o seu predio, tem direito aos fructos desses ramos”. O direito francez, segundo a forma actual do Código Civil, art. 673, modificado pela

lei de 12 de Fevereiro de 1921, enveredou pela mesma trilha, que tem o merito de evitar questões entre vizinhos sob o fundamento da colheita de fructos, penetrando o dono da arvore no predio alheio.

As raizes e os ramos da arvore de um predio podem estender-se, como acabamos de ver, quanto aos ramos. O dono do predio invadido pode cortar, até ao plano vertical divisorio, esses galhos e essas raizes, autoriza o nosso Codigo Civil, art. 558, sem exigir allegação ou prova de damno. O Codigo Civil allemão, art. 910, faz depender esse direito do prejuizo ao uso do predio invadido; o francez, art. 673, modificado pela lei de 12 de Fevereiro de 1921, autoriza o corte das raizes, espinheiros e vergontearas invasoras; mas quanto aos galhos de arvores, o direito do vizinho cujo terreno lhes soffre a invasão é de exigir do dono da arvore que os corte; o portuguez, art. 2.317, quer que o proprietario do terreno, onde se introduzem raizes, ou sobre o qual propendem ramos de arvore plantada no predio vizinho, primeiro rogue o dono da arvore — a arrancar as raizes e ramos invasores, no prazo de tres dias, findo o qual poderá, então, arrancar e cortar essas raizes ou ramos, não ultrapassando a linha divisoria.

Do mesmo assumpto occupam-se outros Codigos Civis, com pequenas variantes, como sejam: o italiano, artigo 582, o argentino, 2.629, o venezuelano, 689 e o peruano, 864.

XI. *Da passagem forçada* (7). — A solidariedade social entre vizinhos assegura ao dono do *predio rustico* ou

(7) LAFAYETTE, *Direito das coisas*, § 125; JOSÉ MENDES, *Servidões de caminho*, § 58; AGUIAR E SOUZA, *Das servidões*, §§ 101-135; LACERDA, *Direito das coisas*, § 12 e nota 17; ENDEMANN, *Lehrbuch*, II, § 74; KOHLER, *Lehrbuch*, II, § 61; PLANIOL, *Traité*, I, ns. 1.879-1.883; PLANIOL RIPPET et A. PICARD, III, ns. 924 e segs.; BAUDRY LACANTINERIE et CHAUVEAU, *Des biens*, ns. 1.044-1.069.

urbano, que se achar encravado em outro, sem sahida, para via publica, fonte ou porto, o direito de reclamar do visinho que lhe deixe passagem, fixando-se a esta, judicialmente, o rumo, quando necessario (Codigo Civil, artigo 559).

Perdura esse direito enquanto existe a necessidade, que o criou, e extingue-se, eis que cessa a necessidade. Mas, se se suprime a via publica, para a qual se dirigia o caminho aberto através do predio contiguo, o dono do predio encravado tem direito de reclamar passagem para outra via publica.

A passagem forçada (*Notweg* do direito allemão) impõe incommodo e prejuizo ao dono do predio por onde se estabelece; é uma especie de desapropriação restricta e condicional, em beneficio de um predio particular, mas, visando a utilidade commum (8); é justo que esse incommodo e esse prejuizo sejam indemnizados (Codigo Civil, art. 560). No caso de ter o proprietario, por culpa sua, perdido o direito de transito pelo predio contiguo, terá de pagar o dobro do valor da primeira indemnização para obter nova passagem (Codigo Civil, art. 561).

Esse direito á passagem forçada, modalidade do direito de vizinhança, origina-se da situação dos predios e tem por fundamento a necessidade economica de aproveitamento do predio encravado. Se o dono do predio por onde tem de se estabelecer a passagem não entra em accordo com o visinho, que necessita desse meio de comunicação, este ultimo tem o direito de recorrer aos tribunaes afim de obter, coactivamente, o que não lhe foi dado por accordo. Nem o accordo nem a sentença do Poder Judiciario, no caso de que se trata, necessitam de ser transcriptos no re-

(8) Desapropriação por utilidade publica indirecta, disse TEIXEIRA DE FREITAS.

gistro de imóveis, porque a passagem forçada não é servidão.

Alguns Codigos Civis consideram a passagem forçada como restricção da propriedade resultante da visinhança dos predios. E' essa concepção, que orienta o Codigo Civil allemão, art. 917; o portuguez, 2.309 (direito de acesso); o japonéz 210. O brasileiro seguiu a mesma orientação. Outros, como o francez, arts. 682 e 683, italiano, 583, hespanhol 564 e 565, venezuelano, 645, argentino, 3.068, chileno, 847, uruguayo, 581, peruano, 974, tratam desta materia como direito de servidão legal.

XII. *Das aguas.* — O Codigo Civil, arts. 563 a 568, occupa-se do uso das aguas correntes particulares, das aguas pluviaes e das fontes, em relação ao estado de visinhança entre predios; como, porem, esta materia se acha regulada em lei especial, o decreto-lei n. 1.985 de 29 de Janeiro de 1940, que reformou o *Codigo das Aguas*, já em parte modificado pelo decreto-lei n. 852, de 11 de Novembro de 1938, será exposta em § destacado (9).

XIII. *Dos limites entre predios* (10). — O proprietario de um immovel tem o direito de obrigar o seu confinante a proceder com elle á demarcação entre os dois predios, a aviventar rumos apagados, e a renovar marcos destruidos ou arruinados, repartindo-se proporcionalmen-

(9) V. adeante o § 43.

(10) CORREIA TELLES e TEIXEIRA DE FREITAS, *Doutrina das acções*, § 114; RIBAS, *Processo civil*, comment. CDLXIX; MACEDO SOARES, *Medições e demarcações*; RODRIGO OCTAVIO, *Divisão e demarcação de terras*; WHITACKER, *Terras*; AFFONSO FRAGA, *Divisão e demarcação*; ATHOS MAGALHÃES, *Direito de demarcar e acção de demarcação*; TITO FULGENCIO, *Direitos de visinhança*; PLANIOL, *Traité*, I, ns. 1.075-1.089; PLANIOL, RIPERT et PICARD, III, *Des bien*, ns. 431 e segs.; HUC, *Commentaire*, IV, ns. 298-309; BAUDRY LACANTINERIE et CHAUVEAU, *Des biens*, ns. 900-917.

te, entre os interessados, as respectivas despesas (Codigo Civil, art. 569).

A demarcação consiste em fixar e assignalar, por meio de marcos as linhas divisorias, entre predios contiguos. Pode ser feita, amigavelmente, por accordo entre os interessados ou por meio da acção de demarcação (*finium regundorum*).

Esta acção compete ao proprietario, ao usufructuario e ao emphyteuta. O Codigo Civil diz *todo proprietario*. O usufructuario goza de todas as utilidades e fructos da coisa (Codigo Civil, art. 713), é elle que exerce os direitos immanentes no dominio, excepto o de alienação, e não obstante ser temporaria a sua posição juridica, não se lhe pode deixar de tratar como proprietario, para o effeito de exercer o direito de demarcar, sob pena de se não poderem fixar os limites do immovel sujeito ao onus do usufructo.

O emphyteuta é titular do dominio util; por isso se lhe reconhece o direito de demarcar.

O mesmo não podemos dizer do possuidor de bôa fé com usocapião começado, por que não é proprietario, como exige o Codigo Civil, art. 569. O direito civil brasileiro não reconhece como proprietario o possuidor de bôa fé e com os requisitos exigidos para o usocapião não consumado, que poderá não se consumir (11).

(11) AFFONSO FRAGA, *Divisão e demarcação das terras particulares*, 4.^a ed., 1936, n. 46, sustenta, com apoio em MORATO, MACEDO SOARES, DERNBURG, AUBRY et RAU e outros, que "o possuidor com usocapião começado e considerada cumprida" pode propor acção de demarcação, porque "o seu direito se considera uma propriedade putativa e elle um verdadeiro proprietario". Mas em face da lei, somente o usocapião consumado gera propriedade; antes desse momento, o proprietario é o titular do direito, e a situação contraria ao seu direito está, apenas, em via de formação. A acção publiciana, autorizando a reivindicação do immovel com fundamento na supposição de que o usocapião começado já se acha consumado não se compadece com os principios juridicos dominantes em nosso direito. O possuidor desapossado usa da acção possessoria, que no caso couber.

O objecto da demarcação é fixar limites entre predios confinantes, quer esses limites ainda não tenham sido traçados no lugar, em que os predios se tocam, quer se trate de aviventar rumos apagados ou de renovar marcos destruidos ou arruinados. Entre vizinhos mediatos não ha acção de demarcação, porque não são confinantes. Pela mesma razão, não cabe a *finium regundorum*, se entre os predios vizinhos passa via publica ou rio publico. São bens pertencentes a outro patrimonio, que abrem distancia entre esses predios.

Tambem no caso de confusão de limites recorre-se á demarcatoria para determinal-os. Se ha meio de localizar a linha divisoria, a questão se resolve sem difficuldade, porque o objecto da demanda é fixar essa linha. Se, porem, não ha meio de determinar por onde segue a linha lindeira, manda o Codigo Civil, art. 570, que ella seja traçada segundo a posse dos contestantes; não sendo, porem, a posse, adequadamente, provada, ou não podendo offerecer elementos sufficientes para convencer o juiz, o terreno contestado será dividido entre os interessados, e, não sendo possível divisão commoda, se adjudicará a um delles, mediante indemnização á outra parte.

Surge, neste ponto, uma difficuldade. O Codigo Civil diz *proporcionalmente*, sem explicar a que elemento se refere a proporção. Inspirou-se, naturalmente, em MACEDO SOARES, que usa de expressões semelhantes. AFONSO FRAGA (12) refere a proporção á testada dos predios e ATHOS MAGALHÃES (13), fundado em PLANK, toma por base a area dos predios. Mais justa seria a decisão de FRAGA, se pudesse encontrar apoio na letra do Codigo.

(12) *Divisão e demarcação*, 4.^a ed., n. 68.

(13) *Direito de demarcar e acção de demarcação*, ns. 48-51.

Procuramos orientar-nos com a legislação estrangeira, que se tenha occupado da materia em exame. O Código Civil portuguez consagra-lhe dispositivos muito semelhantes aos do nosso, e diz que não se podendo resolver a questão pelos titulos, nem pela posse dos confinantes, ou outro meio de prova, manda, no art. 2.342, que a demarcação seja feita “distribuindo-se o terreno, objecto da contenda, por partes eguaes” E no caso de ser o espaço dos predios confinantes maior ou menor do que o abrangido pela totalidade do terreno, “o accrescimo ou falta se attribuirá, proporcionalmente á parte de cada um” (art. 2.343). O Código Civil hespanhol tambem determina que não sendo possivel resolver a questão pelos titulos, nem pela posse, ou outro meio de prova, se faça a demarcação “distribuindo o terreno, objecto da contenda, por partes eguaes (art. 386). Não differe a solução do Código Civil do Reich, art. 920, cuja integra é a seguinte: “Se ha confusão de limites. não permittindo reconhecê-los com exactidão, far-se-á demarcação segundo a posse. Não sendo possivel determinar a posse, “attribuir-se-á, *por partes eguaes*, a cada um dos predios, a superficie contestada”. (so it iedem der Grundstueke ein gleich grosses Stueck der streitigen Flaechen zuzuteilen). “Quando essa delimitação conduz a resultado discordante de certas circumstancias estabelecidas, por exemplo, da continencia real dos predios, a linha de separação *será fixada segundo a equidade*, tendo-se em vista essas circumstancias” (art. citado, 2.^a parte). Não diz coisa differente o commentador allemão, PLANK, no trecho citado por ATHOS MAGALHÃES, porque esse trecho se refere á segunda parte do art. 920 do Código Civil allemão, pois que diz elle: “se comtudo a demarcação pela posse, e *pela divisão em partes eguaes* der resultado em desaccordo com as circumstancias de facto apuradas, estas decidem, isto é, traçar-se-á o limite em harmonia com ditas circumstancias e equidade”. E o mesmo pen-

samento contido nos arts. citados do Código Civil portuguez, como nos do hespanhol, expresso por outro modo.

O Código Civil argentino, art. 2.755, entrega ao criterio do juiz resolver a difficuldade, quando nem os titulos nem a posse lhe offerecem base para a decisão. Differe, em parte, esta solução das acima referidas. E' a mesma do *Esboço* de TEIXEIRA DE FREITAS, art. 4.418: "Não sendo possivel assignar os limites nem por vestigios dos antigos, nem pelos titulos dos confinantes, nem pela posse, a parte duvidosa do terreno, será entre elles dividida, como ao juiz parecer mais razoavel e conveniente".

Combinando a evolução do nosso direito, desde o romano (14) através da codificação portugueza e hespanhola, com o direito germanico, pois que o francez e o italiano eram mudos, neste particular, chegara o Projecto primitivo ao seguinte resultado: Art. 657: "No caso de confusão de limites entre predios confinantes, não havendo meio de determinal-os com exactidão, serão elles traçados de accordo com o estado de posse. Na falta de um estado de posse determinado, o terreno contestado será attribuido, em partes eguaes, a cada um dos predios.

"Se a divisão assim feita repugnar a circumstancias conhecidas, serão os limites traçados, segundo a equidade, tendo-se em attenção as sobreditas circumstancias".

Na revisão dos commissionados pelo Governo, desapareceu a segunda parte do artigo. A primeira parte teve apenas alterada a redução. Foi o Senado, que, nessa parte unica, por occasião das successivas revisões, substituiu a egualdade pela proporcionalidade.

Como a proporção referida pelo Código Civil, artigo 750, nada resolve, porque não estabelece a necessaria

(14) Inst. 4, 17, § 6; D. 10, 1, frs. 2, § 1.º e 3, 4, pr..

referencia, não dizendo se a divisão do terreno contestado ha de ser proporcional ás areas dos terrenos confinantes ou se á estensão da respectiva testada, opinei que se poderia entender que houvera erro de redacção, dizendo-se *proporcionalmente*, em vez de igualmente, pois que a idéa de egualdade, no caso questionado, apparecia no Codigo Civil portuguez, no hespanhol, no allemão e nos Projectos, primitivo e revisto. Sem referencia a um segundo termo, a proporção é inintellegivel. Portanto, é que se falou em proporção, quando se tinha em mente egualdade.

A sentença, que puzer termo á demarcação, será transcripta, como requer o art. 532 do Codigo Civil.

Estabelecida a obra divisoria, indicadora dos limites entre dois predios (intervallo (15), muro, valla, cerca ou qualquer outra) considera-se *commum* e os proprietarios confinantes, até prova em contrario, donos della (Codigo Civil, art. 571).

Esta regra veio-nos do direito romano (16). TEIXEIRA DE FREITAS a consignou em sua *Consolidação*, artigo 951, e nas legislações modernas, egualmente, se encontra (17).

O uso, que o proprietario *commum* fizer da obra divisoria, não deve prejudicar o seu condomino, nem, por qualquer modo diminuir-lhe o exercicio de egual direito.

(15) Os romanos denominavam *finis* a orla de cinco pés, dois e meio tirados de cada terreno rural, a qual devia ficar livre entre os mesmos, de modo que os respectivos proprietarios pudessem por ahi passar e volver o seu arado (GIRARD, *Droit romain*, 5.^a ed., p. 631-632).

(16) D. 10, 1, fr. 4, § 10, *in medio*.

(17) Codigo Civil francez, arts. 653, 666, e 610; italiano, 546 e 565; allemão, 921; suisso, 680; venezuelano, 671; argentino, 2.743 e 2.745; portuguez, 2.336, 2.337 e 2.348. Este ultimo Codigo, no artigo 2.337 indica os signaes que excluem a presumpção de communhão.

E, pela propria natureza das coisas, este condominio de visinhança é permanente, ao passo que, em regra, o condominio é transitorio, divisivel.

XIV. *Do direito de construir.* — O proprietario de um terreno pode neile erguer as construcções, que entender, e as escavações, que julgar convenientes: mas esse seu direito encontra limites determinados pela visinhança e pelos regulamentos administrativos (Codigo Civil, artigo 572), que attendem á forma, á segurança, á hygiene dos predios urbanos, assim como á policia dos estabelecimentos industriaes. As restricções ao direito de construir, decorrentes da visinhança, formam o conteudo dos arts. 573 a 587 do Codigo Civil.

O proprietario tem direito de embargar a construcção de predio que invada a area do seu, ou sobre elle deite gotteiras; cabe-lhe, egualmente, embargar a abertura de janelas a menos de metro e meio dessa linha; bem como a construcção, na mesma distancia, de eirado, terraço ou varanda. Esses embargos são os de obra nova, tambem denominados de nunciação (18). Por elles o proprietario pede que se suste a continuacção da obra invasora ou vexatoria, e seja demolida a que já se ache feita (Cod. Civil, art. 573).

As seteiras, frestas ou oculos, para illuminar o predio visinho, são permittidas (Codigo Civil, art. 573, § 1.º), porque, dando satisfacção á necessidade de luz para o edificio, em que se abrirem, não dão vista para o predio visinho, nem se prestam á collocacção de objectos que no mesmo possam cahir. As frestas, seteiras e oculos não devem ter mais de dez centimetros de largura sobre vinte de cumprimento. E não impedem essas aberturas na parede

(18) V. *supra*, § 26 — b.

que o visinho, erguendo a sua construcção, as torne inúteis, impedidas que fiquem de receber a luz do dia (§ 2.º).

Se os predios são separados por qualquer passagem publica, vale dizer, por estrada, caminho, rua etc., não ha fundamento para a acção de nunciação de obra nova, por que não se podem dar os factos perturbadores do direito de vizinhança que a justificam (art. 574). Aliás é por excesso de clareza que isto se affirma, visto como, desaparecida a causa, que são os alludidos factos, não mais existem os effeitos della.

A acção de nunciação de obra nova prescreve decorrido anno e dia, quanto á abertura de janella, sacada ou terraço, que dê sobre o terreno visinho, em distancia menor de metro e meio, bem como a respeito de gotteiras, que vertam agua sobre predio alheio (art. 576). As gotteiras das casas devem guardar, pelo menos, dez centímetros da linha divisoria (art. 575).

Aquelle que primeiro constróe pode assentar a parede divisoria até meia espessura della no terreno contiguo, cabendo-lhe o direito de fixar a largura do alicerce (artigo 580). A invasão, neste caso, é permittida, porque as paredes construidas sobre a linha divisoria, se consideram communs aos dois predios, e o são, necessariamente, desde que por metade se encontrem no terreno contiguo. Todavia se aquelle que teve assim o seu terreno invadido, quizer travejar, utilizando-se da parede erguida, por metade, em seu solo, pagará a metade do valor della (art. 580), porque teria de construir uma parede igual a essa metade para nella immittir as suas traves, se já não a encontrasse feita pelo visinho. Quando a parede se ergue no terreno, exactamente pela linha divisoria, o que, em segundo logar constroe, não poderá fazer-lhe alicerce ao pé, sem prestar caução, pelo risco a que exponha a obra anterior (art. 580 § unico).

Em predio rustico, as construcções novas, ou accrescimos ás existentes, devem guardar a distancia de metro e meio da linha divisoria, a não ser que o visinho dê licença para approximação maior (art. 577). Nas cidades e outras agglomerações humanas, cuja edificação estiver adstricta a alinhamento, o dono do terreno visinho pode madeirar na parede erguida na linha divisoria do predio contiguo, se ella o supportar; mas indemnizará meio valor da parede e do chão correspondente (art. 579), constituindo-se, assim, um condominio legal, que o dono da parede é obrigado a accetar.

O condomino da parede meia pode utilizal-a até meia espessura, desde que não prejudique a segurança ou a separação dos dois predios. Antes de exercer esse direito, dará aviso ao seu consorte. As obras, porem que fizer, penetrando a parede em confronto a outras semelhantes já existentes, dependem de consentimento do condomino (art. 581).

Pode usar da acção de *damno infecto*, aquelle que estiver ameaçado da construcção de chaminés, fogões ou fornos no predio contiguo, ainda que seja commum a parede ao pé da qual se pretenda fazer essas obras (art. 582). Se a obra estiver concluida, exigirá o interessado, mediante caução, que se não faça uso dellas, pois que é o uso de taes obras (e não ellas), que prejudica. As chaminés ordinarias e os fornos de cosinha não se incluem nessa prohibição (art. 583, paragrapho unico).

Sem permissão do visinho, não é licito encostar á parede contigua a elle pertencente ou de que seja condomino, fornalhas, fornos de forja ou de fundição, apparatus hygienicos, fossos, canos de esgoto, depositos de sal, ou de quaesquer substancias corrosivas ou susceptiveis de produzir infiltrações damninhas. O prejudicado pode usar da acção de nunciação de obra nova para impedir ou sustar o uso prejudicial da propriedade alheia. E pode pedir a de-

molição ou remoção da obra prejudicial se feita clandestinamente.

Se a parede pertencer, integralmente, ao dono do predio, onde se fizerem as intallações agora referidas, o visinho não tem direito de reclamar.

Não pode o proprietario fazer construcções capazes de polluir ou utilizar as aguas para uso ordinario, pertencentes a poço ou fonte alheia, ainda que o poço ou fonte não se ache em predio contiguo (art. 584). Nem tambem escavações que tirem ao poço ou fonte de outrem a agua necessaria ao dono della; se, porem, as escavações apenas diminuem o supprimento dagua, ou não são mais profundas do que o lençol d'agua, que nutre o poço ou a fonte, constituem uso normal da propriedade (art. 585).

Quando houver necessidade de limpeza ou reparação em predio contiguo a outro, o dono deste outro é obrigado a consentir, mediante previo aviso, que o visinho para esse fim entre no seu predio e delle use o tempo necessario á execução dessas obras; mas, se dahi lhe resultar damno, terá direito á ser indemnizado. A mesma norma applica-se ao caso de limpeza ou reparação de esgotos, gotteiras, aparelhos hygienicos, poços e fontes já existentes (art. 587). O exercicio do direito concedido ao proprietario de usar do predio visinho para concertar ou limpar o seu, está sujeito aos seguintes preceitos: a) Se esse uso fôr indispensavel; b) Mediante aviso previo; e) Responsabilidade pelos damnos causados; d) O incommodo deve ser o estrictamente indispensavel para a execução das obras necessarias ao predio visinho.

XVI. *Do direito de tapagem.* — O proprietario tem direito de cercar, murar, vallar ou tapar o seu predio urbano ou rural. Os tapumes, ou obras divisorias são comuns; correm por conta dos confinantes as obras de construcção e conservação delles. Se um dos confinantes os de-

zeja especiaes para aves domesticas e certos animaes. para os quaes não bastam os tapumes communs, pezam sobre elle exclusivamente. as despezas. Quando fôr necessario decotar a sebe ou reparar o muro divisorio, o confinante poderá, mediante aviso previo, entrar no predio contiguo, respondendo pelos damnos que causar.

Nesta materia, ha que attender ás posturas municipaes. que não podem contrariar a lei federal.

§ 42

DAS MINAS (1)

I. O decreto-lei, n. 1.985, de 29 de Janeiro de 1940, reforma do Codigo de Minas, art. 1.º, § 1.º, distingue a jazida da mina.

Jazida é toda massa de substancia mineral, ou fossil, existente no interior ou na superficie da terra, e que apresente valor para a industria. *Mina* é a jazida em lavra, entendido por lavra o conjuncto de operações necessarias á extracção industrial de substancias mineraes ou fosseis da jazida.

São definições legaes, que alteram a noção real e commum das coisas: mas têm a utilidade de exprimir situações decorrentes da nova organização dada á propriedade das minas.

(1) CALOGERAS (João Pandiá), *As minas do Brasil e sua legislação*, 3 vols., Rio, 1904 e 1905; J. MATTOS DE VASCONCELLOS, *Direito administrativo*, vol. II, Rio, 1937, p. 243 e segs.; RODRIGO OCTAVIO, *Dominio da União e dos Estados*, Rio, 1924, ns. 80 e segs.; DURVAL DE MAGALHÃES LIMA, *Código de minas*, S. Paulo, 1935.

II. Ao tempo da Monarchia, como ainda imperasse o direito portuguez, o das Ordenações do reino e o das leis esparsas, as minas e os terrenos diamantinos eram bens do Estado (2) que ou explorava directamente, ou concedia a sua exploração. Era um direito real sobre as minas; e prevalecia, consequentemente, para a exploração, a theoria dominical.

A Constituição republicana de 24 de Fevereiro de 1891, mudou, radicalmente, esse regimen, e, no art. 72, segunda parte declarou: *As minas pertencem ao proprietario do solo, salvas as limitações, que forem estabelecidas por lei, a bem da exploração deste ramo de industria.* Era o respeito ao direito de propriedade territorial em sua plenitude, abrangendo o subsolo, embora exercido de accordo com a disciplina social expressa em lei.

Manteve-se esse regimen por trinta e tres annos, desaparecendo com a ephemera Constituição de 16 de Julho de 1934, pois a reforma de 1926 apenas accrescentou ao art. 72, § 17, que as minas e jazidas mineraes necessarias á segurança e defeza nacionaes e as terras, onde existissem, não podiam ser transferidas a estrangeiros.

O primeiro Codigo de minas, dec. n. 24.642, é de 1934, seis dias anterior, á Constituição de 1934, mas somente depois della foi publicado.

III. A Constituição de 1934, arts. 118 e 119, estatuiu que as minas e mais riquezas do subsolo constituíam propriedade distincta do solo, para o effeito de exploração ou aproveitamento industrial; que o aproveitamento

(2) Ord. 2, 26, § 16; TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das leis civis*, art. 52 e nota 20 a esse artigo. Ver em CALOGERAS e RODRIGO OCTAVIO, obras citadas, a exposição desta materia, assim como em J. MATTOS DE VASCONCELLOS, tambem no lugar citado.

industrial das minas e das jazidas mineraes dependeria de autorização ou de concessão federal; que as autorizações e concessões seriam conferidas, exclusivamente a brasileiros, ou a empresas organizadas no Brasil, ressalvada ao proprietário preferencia na exploração ou coparticipação nos lucros; que, porem, independeria de autorização ou concessão a exploração das minas em lavra, ainda que transitoriamente suspensa.

Manteve esses dispositivos a Constituição de 10 de Novembro de 1937, art. 143, determinando, porem, que as empresas organizadas para exploração de minas sejam *constituídas por accionistas brasileiros* (art. 143, § 1.º).

Em face desses preceitos e das provisões, do Código de Minas, o direito actual das jazidas mineraes e seu aproveitamento é o seguinte:

a) O regimen é o de autorização para explorar (3). Quem autoriza é o Governo Federal, é elle que dá concessões; consequentemente, são do patrimonio da União as jazidas mineraes existentes no Brasil (4).

b) O Código de 1934 abria, porem, excepção a essa regra, em respeito ao direito adquirido; isto é, independiam de autorização ou concessão, e continuavam no patrimonio dos respectivos titulares as minas, que já se achavam em lavra na data da publicação do Código de Minas. Deviam, porem, ser manifestadas, na forma e no prazo estabelecidos nesse mesmo Código e os respectivos proprietarios estavam obrigados a rever os contractos, que houvessem celebrado com o Poder Publico, ou a celebral-os, se não os tivessem (5). Mas essa provisão desapareceu com

(3) Código de Minas, arts. 12, 13, 28 etc.

(4) Código cit., art. 7 e *passim*.

(5) Código de Minas, de 1934, arts. 3, § 1.º e 89.

o Código de 1940, onde, entretanto, se declara que independe de autorização o aproveitamento de pedreiras e depósitos de substâncias minerais, que não contenham minério de valor econômico, quando possam ter emprego imediato, *in natura*, ou sem outro beneficiamento além do talhe e forma para assentamento e não se destinem a construções de interesse público, nem tenham aplicação na indústria fabril (6).

As autorizações e concessões serão dadas, exclusivamente, a brasileiros e a empresas constituídas, exclusivamente, por accionistas brasileiros (7).

c) A jazida é bem imóvel, separado e não integrante do solo. A propriedade da superfície abrange a do subsolo, na forma do direito commum, não incluída, porém, nesta a das substâncias minerais ou fosseis uteis á indústria (8). As jazidas não manifestadas serão bens patrimoniaes da União (9).

d) O aproveitamento industrial de jazida, manifestada ou não, depende de autorização federal, que será dada mediante requerimento, por decretos, successivos, de autorização para pesquisa e lavra (10).

e) A pesquisa consiste nos trabalhos necessários ao descobrimento da jazida e conhecimento do seu valor: trabalho de reconhecimento geológico, estudos geophysicos, excavações de pequena profundidade, abertura de poços e galerias, sondagens, analyses químicas e ensaios de beneficiamento do minério (11).

(6) Código cit., art. 12, § 1.º.

(7) Constituição federal, de 1937, art. 143, § 1.º.

(8) Código cit., art. 4.

(9) Código cit., art. 10.

(10) Código cit., art. 12, pr..

(11) Código cit., art. 13.

f) Concluídos os trabalhos de pesquisa, o concessionário da autorização para effectual-a apresentará um relatório circunstanciado, sob a responsabilidade de um profissional legalmente habilitado ao exercicio de engenharia de minas, com dados e informações, que habilitem o governo a formar juízo seguro sobre a reserva mineral da jazida, qualidade do minerio e possibilidade de lavra (12).

g) O pedido de autorização para pesquisa assegura a prioridade para a sua obtenção pelo prazo de sessenta dias. Se findo esse prazo não tiver sido instruído, satisfactoriamente, nenhum direito terá obtido com elle o interessado (13).

h) Convenientemente pesquisada a jazida, poderá ser requerida a lavra, que, se autoirzada, perdurará, emquanto se mantiver em actividade (14). A autorização será dada por decreto e a posse da jazida será solicitada ao Departamento Nacional de Produção Mineral (15).

i) A pesquisa e a lavra determinam servidões de solo e subsolo, para a realização de seus fins, como sejam: occupação do terreno necessario para obras accessorias e moradia de operarios; abertura de vias de communição e transporte; transporte de energia electrica; escoamento de aguas; no subsolo, abertura de passagem do pessoal e material, de conductos de ventilação, de energia electrica e escoamento das aguas; utilização das aguas, que não estejam aproveitadas em serviço agricola ou industrial (16).

j) A autorização será recusada, se a lavra fôr considerada prejudicial ao bem publico, ou comprometter in-

(12) Código cit., art. 9, n. IX.

(13) Código cit., art. 27.

(14) Código cit., art. 28.

(15) Código cit., art. 35.

(16) Código cit., art. 29.

teresses, que superem a utilidade da exploração industrial, a juízo do governo. E será declarada caduca se o concessionário não cumprir as obrigações, que a lei lhe impõe (17).

Outras formas da exploração da riqueza mineral, que o Código de Minas regula, são a *faiscação* do ouro alluvionar e a garimpagem de diamantes em terras e aguas do dominio publico, onde é livre o trabalho (18). Em terras e aguas do dominio particular, esses trabalhos dependem de entendimento com os particulares.

Considera-se *faiscação* a extracção de metaes nativos, em deposito e elluvião ou alluvião, fluviaes ou marinhos, com apparatus ou machinas simples e portateis. É garimpagem a extracção de pedras preciosas e minerios em deposito de elluvião ou alluvião, com apparatus ou machinas simples e portateis. Denominam-se *catas* a *faiscação* ou garimpagem, sem emprego de explosivo, na parte decomposta dos filões, para extracção das substancias, cujo tratamento se effectue por processos rudimentares.

§ 43

DAS AGUAS (1)

I. As aguas são publicas ou particulares; e as primeiras são dominicaes ou de uso commum.

Pertencem á União: I — Os lagos e cursos d'agua, em toda a sua estensão, que, no todo ou em parte, sir-

(17) Código cit., arts. 36 e 37.

(18) Código cit., arts. 62 a 67.

(1) Constituição de 1937, arts. 36 e 143; decreto n. 24.643, de-

vam de limites do Brasil com paizes estrangeiros. II — Os cursos d'agua, que se dirijam a paizes estrangeiros, ou delles provenham. III — Os lagos, bem como os cursos d'agua, em toda a sua estensão, que, no todo ou em parte, sirvam de limites a Estados brasileiros. IV — Outros cursos d'agua, em toda a sua estensão, que percorrerem territorios de mais de um Estado brasileiro. V — Os lagos bem como os cursos d'agua existentes dentro da faixa de cento e cincoenta kilometros ao longo das fronteiras.

São de uso *commum*, em toda a sua estensão, as aguas dos lagos, bem como os cursos d'agua naturaes, que, em algum trecho, sejam fluctuaveis ou navegaveis por um typo qualquer de embarcação.

O criterio da navegabilidade ou fluctuabilidade somente é considerado para o effeito de tornar de uso *commum* as aguas publicas. O caracter publico das aguas resulta do facto de se acharem nos limites com paizes estrangeiros, de percorrerem mais de um Estado brasileiro, ou limital-os, ou, ainda, de se acharem na zona fronteiraça, de cento e cincoenta kilometros. O caracter publico estende-se a todo o curso d'agua ou aos lagos, que, em algum trecho, reunirem as condições, que a lei exige para consideral-os dessa categoria.

II. São aguas particulares as nascentes e as aguas situadas em terrenos, que tambem o sejam, quando não estiverem classificadas entre as publicas ou as de uso *commum*.

10 de Julho de 1934; decreto-lei n. 852, de 11 de Noevmbro de 1938; ALFREDO VALLADÃO, *Direito das aguas*; JOSÉ MATOS DE VASCONCELLOS, *Direito administrativo*, II, 263 e seguintes; M. I. CARVALHO DE MENDONÇA, *Rios e aguas correntes*, 2.^a ed., 1939, com introdução sobre a nova legislação por THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI.

As aguas particulares estão sob a inspecção e autorização dos poderes publicos, no interesse da saude e da segurança da população (2).

Os predios inferiores são obrigados a receber as aguas, que correm, naturalmente, dos superiores (3). Se o dono do predio superior fizer obras de arte para facilitar o escoamento, procederá de modo que não peiore a condição anterior do outro (4).

O fluxo natural para os predios inferiores, de agua pertencente ao dono do predio superior não constitue, por si só, servidão em favor delles (5). O Codigo Civil, artigo 565, dispunha differentemente, declarando que o *proprietario de fonte não captada, satisfeitas as necessidades do seu consumo, não pode impedir o curso natural das aguas pelos predios inferiores*. Esta obrigação, de não impedir o curso natural das aguas, constitue um direito de vizinhança, em beneficio dos predios inferiores. Tornou-se precario esse direito, pois que depende da vontade do dono da fonte não captada. E' certo que a este cabia e cabe o direito de fazer obras para o escoamento das aguas, sem piorar a condição do predio inferior; portanto, o que quer o Codigo das aguas é que o dono do predio inferior não impeça trabalhos de captação ou desvio das aguas, desde que esses trabalhos não piores a sua condição.

III. *Aguas commons* — Os donos ou possuidores de predios atravessados ou banhados por agua corrente podem usar della tanto para a agricultura quanto para a

(2) Codigo de aguas, decreto-lei n. 24.643, de 10 de Julho de 1934, artigo 68.

(3) Codigo cit., art. 69; Codigo Civil, art. 563.

(4) Codigo de aguas, art. 69, § unico, Codigo Civil, art. 563, segunda parte.

(5) Codigo de aguas, art. 70.

industria no mesmo predio, contanto que do refluxo das aguas não resulte prejuizo aos predios superiormente situados, nem se altere o ponto de sahida das aguas remanescentes, nem se peiore a condição natural e anterior do que fica a jusante (6)

O dono ou possuidor de predio atravessado por agua corrente pode desviar o leito da mesma, respeitando o direito dos visinhos superiores e inferiores. Não o pode fazer, porem, se a corrente abastecer uma população (7).

Se as aguas correntes marginam predios fronteiros, entre elles se fará a divisão das aguas, proporcionalmente á estensão dos predios e ás suas necessidades, cabendo ao juiz decidir *ex bono et aequo* (8).

Se os donos ou possuidores de predios atravessados ou banhados por aguas correntes, lhes ajuntarem outros predios, em relação aos quaes não tenham direito a essas aguas, não as poderão empregar nestes, com prejuizo do direito, que sobre ellas tiverem os visinhos (9).

O direito ao uso das aguas correntes é imprescriptivel. Pode, entretanto, ser alienado, por escriptura publica, sem prejuizo dos direitos acima referidos, nesta secção (10).

O proprietario do predio ribeirinho tem direito de fazer na margem ou no alveo da corrente as obras necessarias ao uso das aguas (11). Se o curso d'agua atravessar o predio, o proprietario pode fazer obra em ambas as margens para traval-as; se, porem, o curso d'agua apenas ba-

(6) Codigo de aguas, arts. 71.

(7) Codigo cit., art. 72.

(8) Codigo cit., art. 73. A abertura de uma estrada publica entre os predios e a corrente, não altera a situação juridica dos mesmos (art. 76).

(9) Codigo cit., art. 78.

(10) Codigo cit., art. 79.

(11) Codigo cit., art. 80.

nha o predio, o proprietario deste poderá fazer obras somente no trecho do alveo, que lhe pertencer (12).

IV. *Desobstrucção e defeza.* — Os proprietarios marginaes dos cursos d'agua são obrigados a abster-se de factos, que possam embaraçar-lhes o natural escoamento e a remover obstaculos que tiverem origem no seu predio. Se o proprietario, a quem incumba essa remoção, não a quizer fazer, será ella feita á sua custa. Se o obstaculo não resultar de facto do proprietario nem tiver origem no seu predio, será removido pelos proprietarios dos predios prejudicados (13).

Além disso, os proprietarios marginaes são obrigados a defender os seus predios, de modo a evitar prejuizo para o regimen e curso das aguas e danos para terceiros (14).

V. *Nascentes.* — Denominam-se nascentes, ou fontes, as aguas, que surgem, naturalmente, ou por industria humana, corram dentro de um só predio particular, ou o transponham. Satisfeitas as necessidades do seu consumo, não pode o dono do predio onde houver nascente, impedir o curso natural das aguas pelos predios inferiores (15).

Se a nascente emerge em fosso divisorio pertence a ambos os predios (16).

O proprietario da nascente, que abasteça uma população, não lhe pode desviar o curso (17).

(12) Código cit., arts. 81 e 82.

(13) Código cit., arts. 83 e 84.

(14) Código cit., art. 87.

(15) Código cit., arts. 89 e 90; Código Civil, art. 565, que somente se refere á fonte não captada.

(16) Código de aguas, art. 91.

(17) Código cit., art. 94.

aproveitar as aguas do subsolo de seu predio, contanto que não prejúdiqe o curso natural de aguas publicas ou particulares alheias (18).

O dono do predio não pode abrir poço junto ao predio visinho (salvo accordo), sem guardar as distancias necessarias ou tomar providencias para não lhe causar damno (19).

VII. *Aguas pluviaes*. — O dono do predio, onde cahirem, directamente, aguas de chuvas, ainda que tenha sobre ellas direito de disposição, não as pode desviar do seu curso natural, para lhes dar outro, sem consentimento expresso dos donos dos predios, que as recebiam (20). Transposto o limite do predio, onde cahirem, as aguas pluviaes são communs aos terrenos inferiores, por onde es-côam (21). São de uso commum as aguas pluviaes cahidas em terrenos publicos de uso commum (22).

VIII. *Aqueductos*. — A todos é permittido canalizar, através de predios alheios, as aguas, a que tenham direito, mediante previa indemnização aos proprietarios prejudicados, sendo:

- a) para as primeiras necessidades da vida;
- b) para serviços de agricultura ou industria;
- c) para escoamento de aguas superabundantes:

(18) Código cit., art. 96.

(19) Código cit., art. 97.

(20) Código cit., art. 103.

(21) Código cit., art. 104.

(22) Código cit., art. 107.

d) para o enxugo ou beneficiamento dos terrenos (23).

O Código Civil, art. 567, limitava o direito de canalizar águas através de prédios alheios, se estes eram rústicos. O Código das águas exime do onus de receber essa canalização as casas de habitação e os pateos, jardins, alamedas ou quintaes contíguos às casas (24).

O dono do aqueducto tem direito de penetrar nos prédios que o mesmo atravessa, tanto para a sua instalação, quanto para sua conservação, tudo mediante indemnização, e observando-se a norma de dar aos prédios atravessados, o menor prejuizo possível (25).

IX. *Das quedas d'água.* — Com as quedas d'água entra-se no dominio do direito administrativo. O seu regimen é o mesmo traçado para as jazidas mineraes e lavras.

O aproveitamento industrial das quedas d'água e outras fontes de energia hydraulica faz-se pelo regimen das concessões ou autorizações (26), abrindo-se excepção a esta regra: a) para as quedas d'água já utilizadas, industrialmente, na data da publicação do Código de águas, desde que sejam manifestadas no prazo de seis mezes; e b) para o aproveitamento de quedas d'água de potencia inferior a 50 *kilowats*, pelos respectivos proprietarios e para seu uso exclusivo (27). Tambem estas cachoeiras devem ser manifestadas.

(23) Código cit., art. 117; Código Civil, art. 567. O Código de águas, no caso da letra *d*, fala em *bonificação* das terras.

(24) Código de águas, art. 118.

(25) Para maiores particularidades, veja-se o Código de águas, arts. 119 a 138, em que a materia é exposta, minuciosamente.

(26) Constituição de 1937, art. 143; Código de águas, art. 139.

(27) Código de águas, arts. 139, §§ 1.º e 2.º e art. 149.

São de utilidade publica e dependem de concessão: a) o aproveitamento de quedas d'agua e outras fontes de energia hydraulica de potencia superior a 150 kws., seja qual fôr a sua applicação; b) e o aproveitamento destinado a serviço de utilidade publica federal (estadual ou municipal, ou ao commercio de energia (28).

As quedas d'agua e as outras fontes de energia hydraulica são immoveis e distinctas da superficie, e formam um todo com o alveo da corrente d'agua, o terreno onde se encontra a cachoeira e a energia hydraulica, para o effeito do seu aproveitamento (29).

A propriedade da queda d'agua é reconhecida aos proprietarios marginaes, que, entretanto, não podem aproveitá-la, industrialmente, senão após manifestação e concessão ou autorização, aquellas por acto do Presidente da Republica e estas por acto do Ministro da Agricultura (30). Essa propriedade apenas consiste no direito de preferencia á concessão ou autorização para o aproveitamento industrial da energia, ou participação nos lucros da exploração, que a outros fôr concedida (31).

X. A exploração das quedas d'agua somente pode ser concedida ou autorizada a brasileiros ou empresas constituídas por accionistas brasileiros, estatue a Constituição vigente, art. 143, § 1.º.

(28) Codigo cit., art. 140.

(29) Codigo cit., art. 145.

(30) Codigo cit., art. 145.

(31) Codigo cit., art. 148. Os processos da concessão e da autorização constam dos arts. 150-169 e 170-177 do Codigo de agus. A fiscalização dos trabalhos é feita pelo serviço de Aguas do Departamento Nacional de Produção Mineral, com aprovação do Ministro da Agricultura.

XI. As fontes de aguas mineraes, termaes e gazosas são consideradas jazidas mineraes e, consequentemente, submettidas ás normas do Codigo de minas (32).

§ 44

DA PERDA DA PROPRIEDADE IMMOVEL (1)

I. Por differentes modos, extingue-se o direito de propriedade sobre immoveis:

a) *Por usocapião*, quando se realizam as condições legaes, em virtude das quaes se forma uma situação de facto, que o direito assegura em substituição ao estado juridico anterior, como se viu no § 42.

b) *Por accessão*, nos casos, em que esta se realiza em detrimento da propriedade de alguém, embora augmente a de outrem, como no caso de avulsão.

c) *Por alienação*. Extingue-se o dominio do alienante sobre a coisa alienada, desde a transcripção do titulo translativo.

d) *Pela renuncia*. Tambem o effeito extinctivo da renuncia se completa somente com a transcripção do acto renunciativo, no registro de immoveis.

(32) Codigo cit., art. 2, XI.

(1) LAFAYETTE, *Direito das coisas*, §§ 89 e segs.; LACERDA DE ALMEIDA, *Direito das coisas*, §§ 50 e segs.; *Theoria geral do direito civil*, §§ 74 e 75.

f) *Pelo abandono.* O immovel abandonado, passados dez annos, será declarado bem vago e incorporado ao patrimonio do Estado, onde se achar o immovel, ou para o do Districto Federal, ou, emfim, para o da União se o immovel se achar no Acre. Esta é regra do Codigo Civil, artigo 589, combinado com a regra estabelecida no artigo 1.594 (2).

g) *Pela desapropriação* decretada pelo Poder Publico, em casos de necessidade ou utilidade geral, declarados em lei (3). Desapropriação é o acto, em virtude do qual o Poder Publico, mediante previa indemnização e no interesse da collectividade, retira do patrimonio particular de alguma pessoa natural, ou juridica certo bem para ser applicado em obra reconhecida como util ou necessaria á collectividade.

Embora se enquadre esta materia no direito constitucional, que a fundamenta, e no administrativo, que a regula, o direito civil tambem a considera, como um dos casos da perda da propriedade immovel ou movel. O Codigo Civil a ella se referiu no art. 590.

(2) O decreto-lei n. 1.907, de 26 de Dezembro de 1939, encurtou o prazo da vacancia da herança jacente a seis meses contados da data da abertura da successão; mas, sendo lei excepcional, não se estende ao caso de abandono de immovel, aqui considerado.

(3) TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação*, arts. 63 e 64, com as respectivas notas; CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, 841-844; JOÃO BARBALHO, *Constituição federal* ao art. 72, § 17; SOLIDONIO LEITE, *Desapropriação por utilidade publica*; CELSO SPINOLA, *Desapropriação por necessidade ou utilidade publica*; F. WHITAKER, *Desapropriação*; COSTA CARVALHO, *Desapropriação*; OCTAVIO MEIRA, *Do direito de desapropriação*; OLIVEIRA CRUZ, *Da desapropriação em face do nosso direito constitucional*; AARÃO REIS, *Direito administrativo*, ns. 447 e segs.; VIVEIROS DE CASTRO, *Sciencia da administração e direito administrativo*, 2.^a ed., ns. XLVII a LVI; JOSÉ MATTOS DE VASCONCELLOS, *Direito administrativo*, II, p. 159-195; ARAUJO CASTRO, *A Constituição de 1937*, p. 290-294; PLANIOL et RIPERT, III, n. 339; HUC, *Commentaire*, IV, ns. 93-107; AUBRY et RAU, *Cours*, II, § 193; CHARMONT, *Les transformations du droit civil*, c. XIV. Veja-se, entretanto, o dec.-lei n. 1.283, de 1939.

Os principios dominantes nesta materia são os seguintes:

I. O direito de desapropriar pertence ao Poder Publico, ainda que elle possa conceder-lhe o exercicio a em-
prezas ou a pessoas naturaes. que se proponham a realizar
obras de interesse geral.

Cabe o direito de desapropriar á União, aos Estados
e aos Municipios, dentro da esphera de suas autoridades.

II. A desapropriação não se realiza, sem previa in-
demnização. O principio da indemnização previa tem sido
consagrado em todas as Constituições brasileiras: a de
25 de Março de 1824, art. 179, § 22; a de 24 de Feve-
reiro de 1891, art. 72, § 17; a revisão de 1926, art. 72,
§ 17; a de 16 de Julho de 1934, art. 113, n. 17; e a de
10 de Novembro de 1937, art. 122, n. 14.

O pagamento da indemnização do bem desapropri-
do, em regra, há de ser feito, directamente, ao propieta-
rio; o deposito é admissivel somente: 1.º Se o proprietario
recusar a indemnização, que lhe foi arbitrada (Codigo Ci-
vil, art. 591, paragrapho unico). 2.º Quando o bem des-
apropriado estiver sujeito a garantia real, devidamente re-
gistrado, caso em que se fará o deposito da quantia neces-
saria para o pagamento integral do credor (Codigo Civil,
art. 762, V). 3.º Quando o bem se achar penhorado; por-
que a penhora retira o bem da posse do devedor e o des-
tina á venda judicial para, com o producto ser pago o exe-
quente. O preço da indemnização occupa, neste caso, o lugar
do bem. 4.º Se não tiver sido transcripto o titulo da pro-
priedade do bem. O mesmo se dirá do bem sequestrado.

A essas excepções ao principio da indemnização pre-
via e directa, excepções que resultam da propria natureza
das coisas, o dec. n. 1.283, de 18 de Maio de 1939, art. 4.º
acrescentou o caso de allegar o desapropriante que o immo-

vel lhe pertence e o juiz verificar que ha duvida sobre o dominio. Ha manifesta incongruencia nesta excepção, porque se o desapropriante pretende ser dono do immovel, não é á desapropriação que deve recorrer e sim á reivindicación. A desapropriação, conceitualmente, presuppõe que o dominio é de outrem que não o desapropriante. E esse desvio dos principios, como qualquer outro, envolve ameaça á segurança das relações juridicas. Ao criterio dos juizes cabe amparal-as, pois lhes cabe averiguar se ha duvida sobre o dominio. Verificada a duvida, irão as partes disputar o seu direito pelas vias ordinarias, e após longa demora do processo commum, se o desapropriado sahir vencedor no pleito, levantará o deposito. Mas o desapropriante já estará immittido na posse do bem, d'elle dispondo, livremente. Não pudemos dizer que, em tal caso, houve indemnização previa.

III. O fundamento da desapropriação é a necessidade, ou a utilidade publica, que prevalece contra o direito de propriedade privada, e ainda contra propriedade do Estado ou do Municipio, se o poder desapropriante é a União, e contra a do Municipio, se o desapropriante é o Estado. Não é licito, porem, ao Municipio desapropriar bem do Estado ou da União, nem o Estado o da União, porque o interesse desta ultima é preponderante sobre os dois outros circulos de organização administrativa.

Os casos de necessidade e os de utilidade publica eram taxativamente declarados em lei. O Código Civil, art. 590, declarou:

Consideram-se casos de necessidade publica:

- I. A defeza do territorio nacional.
- II. A segurança publica.
- III. Os socorros publicos.
- IV. A salubridade publica.

Consideram-se casos de utilidade publica:

I. A fundação de povoações e de estabelecimentos de assistencia, educação ou instrucção publica.

II. A abertura, alargamento ou prolongamento de ruas, praças, canaes, estradas de ferro. e, em geral, quaesquer vias publicas.

III. A construcção de obras ou estabelecimentos destinados ao bem geral de uma localidade. sua decoraçáo e hygiene.

IV. A exploraçáo de minas.

Este systema, sem duvida mais garantidor do direito de propriedade, e apoiado pela nossa tradiçáo jurídica. assim como pela opiniáo dos competentes, foi mantido até que o decreto-lei n. 1.283, de 18 de Maio de 1939, art. 2, declarou que a enumeraçáo, na lei, dos casos de utilidade ou necessidade publica é, apenas, exemplificativa; e, consequentemente, não compete ao Poder Judiciario averiguar e decidir se a desapropriaçáo decretada recae em algum dos casos mencionados em lei como de necessidade ou utilidade publica.

h) Podem ser objecto de desapropriaçáo todos os bens moveis e immoveis. O Codigo Civil, art. 660, refere-se á desapropriaçáo do direito autoral; os privilegios industriaes são tambem referidos em lei como susceptiveis de desapropriaçáo, assim como os navios, os generos alimenticios e os de primeira necessidade (4). Em fim, todos os bens patrimoniaes são desapropriaveis, desde que a necessidade (ou a utilidade publica) devidamente reconhe-

(4) Decreto n. 11.860, de 9 de Dezembro de 1915; dec. n. 14.027, de 21 de Janeiro de 1920, art. 3, letra c.

cida, assim o exija, ainda os immoveis pertencentes a embaixadas ou legações estrangeiras:

i) A desapropriação estender-se-á a todo o immovel, embora somente uma parte delle seja necessaria á obra a realizar, se a parte restante fôr menor da metade da sua estensão; ou ficar privada de serventias necessarias ao seu uso e gozo, ou ficar muito desmerecida do seu valor (5).

j) Se o bem desapropriado não fôr applicado á obra de necessidade ou utilidade publica, que autorizou a desapropriação, o ex-proprietario tem direito de readquirir-o, restituindo o preço da indemnização. A esse direito dá-se o nome de *retrocessão*. O Codigo Civil collocou-o entre os dispositivos referentes a preempção (art. 1.150). Essa classificação tem sido censurada (6), porque a retrocessão resulta do facto de não se verificar o interesse publico, presupposto da desapropriação, e a preempção resulta do accordo das partes, vendedor e comprador. Não existindo a causa legal da desapropriação, volve o bem ao dominio do desapropriado. Nem pode o Poder Publico dar ao bem desapropriado applicação differente da que justificou a desapropriação. O ex-proprietario, porem, tem o direito de não receber o bem offerecido pelo desapropriante. Nesse caso, continua o bem no poder do desapropriante.

k) *Pelo uso da propriedade particular onde o bem publico o exija em face de perigo imminente.* O Codigo Civil, art. 591, permite que, *em caso de perigo imminente, como guerra ou commoção intestina, possam as autoridades competentes usar da propriedade particular, até onde*

(5) Dec. n. 4.956, de 9 de Setembro de 1903, art. 12.

(6) WHITAKER, *op. cit.*, p. 93 e segs.; CLAUDINO CRUZ, *in Jornal do Commercio* de 10 de Novembro de 1935.

o bem publico o exija, garantido ao proprietario o direito a indemnização posterior.

Não se trata, neste caso, de desapropriação, que importa perda da propriedade do desapropriado, e sim de *uso*, que poderá, aliás, ir até á extinção da coisa.

Trata-se de requisições, que podem ser civis ou militares. Estas ultimas acham-se reguiadas pela lei n. 4.263, de 14 de Janeiro de 1921 (7).

1) Os edificios divididos em apartamentos pertencentes a diversos proprietarios somente na totalidade se desapropriam (lei n. 5.481, de 25 de Junho de 1928, artigo 7).

(7) V. SOLIDONIO LEITE FILHO, *Requisições militares* e J. MATTOS DE VASCONCELLOS, *Direito administrativo*, II, p. 186-195.

CAPITULO III

DA ACQUIÇÃO E PERDA DA PROPRIEDADE MOVEL

§ 45

DA OCCUPAÇÃO (1)

I. *Occupação* é o acto pelo qual alguém se apodera de coisa movel ou semovente, sem dono, por não ter sido ainda apropriada, ou por ter sido abandonada, não sendo essa apropriação defeza por lei (Codigo Civil, art. 592). *Quod nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur.* disse GAIO (D. 41, 1, fr. 3, pr.), e ULPIANO accrescen-

(1) LAFAYETTE, *Direito das coisas*, § 33; LACERDA DE ALMEIDA, *Direito das coisas*, § 15; RIBAS, *Curso*, p. 416 e segs.; COELHO DA ROCHA, *Instituições*, § 410; PLANIOL, *Traité*, I, ns. 1.300-1.304; PLANIOL, RIPERT et PICARD, *Les biens*, III vol. du *Traité de droit civil*, 589-592; HUC, *Commentaire*, V, ns. 4 e 5; AUBRY et RAU, *Cours*, II, § 201; ZACHARIAE, *Droit civil français*, II, § 294; BUFNOIR, *Propriété et contrat*, p. 11; ENDEMANN, *Lehrbuch*, § 86; WINDSCHEID, *Pandette*, I, § 294; DERNBURG, *Pandette*, I, § 203.

tou: *si res pro derelicta sit, statim nostra esse desinit et occupantis statim fit* (D. 41, 7, fr. 1).

Além das coisas ainda não apropriadas (*res nullius*) e das abandonadas (*res derelictae*), também certas coisas communs a todos (*communes omnium*) podem ser objecto de apropriação parcial, por isso que se consomem com o uso. Quando alguém colhe agua de um rio publico, faz sua a porção colhida.

O abandono das coisas resulta da vontade manifesta do proprietario de não a querer mais no seu patrimonio. Não se presume. Assim, as coisas alijadas ao mar por motivo de máo tempo e as que vêm dar á costa, em consequencia de naufragio continuam a pertencer aos seus donos (2).

II. As coisas, que o nosso Codigo Civil, seguindo o direito romano e a doutrina, declara sem dono e sujeitas ao modo originario de adquirir, denominado occupação, acham-se, exemplificativamente, indicadas no art. 593, como se segue:

a) Os animaes bravios, emquanto entregues á sua natural liberdade.

b) Os mansos e domesticados, que não fôrem assinalados, se tiverem perdido o habito de voltar ao logar, onde costumavam recolher-se, salvo a hypothese do artigo 596, que é a dos animaes domesticados, que fugirem aos seus donos, emquanto estes lhes andarem á procura.

c) Os enxames de abelhas anteriormente apropriados, se o dono da colmeia, a que pertenciam, os não reclamar immediatamente.

(2) O decreto legislativo n. 5.573, de 14 de Novembro de 1928, regulou os leilões publicos de volumes ou objectos abandonados nas repartições publicas e estrades de ferro.

d) As pedras, conchas e outras substancias mine-
raes, vegetaes ou ainmaes arrojadas ás praias pelo mar, se
não apresentarem signal de dominio anterior.

Os immoveis não podem ser adquiridos por occupa-
ção, porque não ha trecho de terra no paiz, que não per-
tença ou ao dominio publico ou ao particular. Podem, po-
rem, ser objecto de usocapião, como foi exposto no § 40
deste livro.

As mais importantes foïmas da occupação, e, por isso
mesmo, cuidadosamente disciplinadas, são a caça e a pesca.

III. *Caça.* O Codigo Civil consagrou á caça apenas
quatro artigos. A materia, porem, está hoje regulada pelo
Codigo de Caça, decreto-lei n. 1.210, de 12 de Abril de
1939, que substituiu, na parte referente á caça, o Codigo
de caça e pesca, aprovado pelo decreto n. 23.672, de 2 de
Janeiro de 1934.

Caçar, define o Codigo de caça, é o acto de perse-
guir, surprehender ou attrahir os animaes silvestres, afim
de apanhal-os vivos ou mortos. Tambem se considera
caça o acto de abater pombos domesticos, praticado pelos
membros das sociedades de tiro ao vôo, nos *stands* res-
pectivos (art. 3).

Observadas as disposições do Codigo de Caça, pode
ser a caça exercida, em todo o territorio da Republica. Nas
terras particulares, com autorização dos respectivos donos;
nas do dominio da União, dos Estados ou dos Municí-
pios, livremente, se não fôr ella prohibida, transitoria ou
permanentemente (art. 1.º).

E' prohibida a caça: a) de animaes uteis á agricul-
tura; b) de pombos correios; c) de passaros, aves orna-
mentaes, ou de pequeno porte, excepto os nocivos á agri-
cultura; d) das especies raras (art. 6).

O exercicio da caça é permittido, unicamente aos
maiores de dezoito annos, sejam brasileiros no gozo dos

seus direitos civis, ou estrangeiros com permanencia legal no paiz, assim como os naturalistas declarados taes por instituições scientificas mantidas, reconhecidas ou subvencionadas pela União ou pelos Estados, e os turistas procedentes de paiz, que mantenha com o Brasil, relações diplomaticas (arts. 8 e 9).

E' vedada a caça com visgos, atiradeiras, bodoques, veneno, incendio e armadilha, que damnifique a caça. Não é permittido caçar nas zonas urbanas e suburbanas, bem como nos povoados; numa zona de um kilometro de cada lado do leito das vias ferreas e rodovias publicas; nas zonas destinadas a parques de refugio e criação; fóra do periodo, em que a Divisão de Caça e Pesca declarar aberta a caça (art. 9). Tambem é prohibido apanhar ou destruir ninhos, esconderijos naturaes, ovos e filhotes de animaes silvestres (art. 10). A caça com armas de repetição a bala, de calibre superior a 22, só é permittida para os grandes carneiros e em distancia superior a tres kilometros de qualquer via ferrea ou rodovia publica (art. 9, § 2).

Os animaes silvestres considerados nocivos ao homem, á agricultura e á propria fauna terrestre ou aquatica poderão ser abatidos em quaiquer tempo, de accordo com as instruccões da Divisão de Caça e Pesca, approvadas pelo Conselho Nacional de Caça (art. 29).

Com essas providencias, limita-se a liberdade da caça, em attenção á segurança das pessoas, á economia e á cultura da fauna silvestre, que é uma riqueza dada pela natureza para a nutrição das pessoas, o commercio e a arte.

Não se refere o Codigo de Caça aos preceitos consignados no Codigo Civil sobre esta modalidade da occupação. Mas, exceptuado o art. 594, que se acha modificado pelo art. 1.º daquelle corpo de leis de ordem administrativa, os outros dispositivos subsistem.

O art. 595 declara que pertence ao caçador o animal por elle apprehendido, esteja vivo ou morto. Se o animal

ferido foge e o caçador lhe vae no encalço, a este pertence o animal, embora outrem o apprehenda, porque o ferimento é inicio de apprehensão. Se, porem, a perseguição do animal ferido fôr infructifera, o animal readquire a sua condição de livre.

A solução do direito romano era differente. Se alguém apanhava o animal perseguido, delle se fazia dono, segundo se induz das palavras das Institutas, livro segundo, § 13. Depois de aludir á controversia existente, achando uns que a caça ferida se fazia, desde logo, do caçador, e opinando outros que era indispensavel a apprehensão effectiva, adoptou JUSTINIANO esta ultima opinião: *sed posteriores sententiam nos confirmamus, quod multa accidere possunt ut eam (o animal bravo) feram non capias.*

Mas a do direito moderno é a que adoptou o nosso Codigo Civil, com pequenas variações (3); e já os nossos autores, como os reinicolas (4) haviam tomado essa orientação.

Se a caça ferida se recolher a terreno cercado, murado, varado ou cultivado, o dono deste, não querendo permittir a entrada do caçador, terá que a entregar ou expellir (Codigo Civil, art. 597). Completa-se por este modo, a regra estabelecida no art. 595, 2.ª parte.

As infracções aos preceitos do Codigo de Caça são punidas de accordo com as penas estabelecidas pelo decreto-lei

(3) Codigo Civil portuguez, art. 388; argentino, 2.540 e 2.541; uruguayo, 714; chileno, 617 e 618; mexicano, 859-860. Vejam-se PLANIOL et RIPERT, *Droit civil français*, III, *Les biens*, com a collaboração de M. PICARD, n. 597; HUC, *Commentaire*, V, n. 8; BUFNOIR, *Propriété et contrat*, p. 13-17.

(4) LAFAYETTE, *Direito das coisas*, § 34, 2; LACERDA DE ALMEIDA, *Direito das coisas*, § 16; COELHO DA ROCHA, *Instituições*, § 411; DIAS FERREIRA, *Codigo Civil portuguez*, aos arts. 388-390; CORREIA TELLES, *Digesto portuguez*, III, -6.

n. 1.768, de 11 de Novembro de 1939. O Código Civil, art. 598, apenas se referia á entrada em terreno alheio, sem licença do dono, determinando que nesse caso, o caçador perderia a caça, que apanhasse, e responderia por perdas e danos. Essa comminação foi mantida pelo citado decreto-lei, art. 6, com maior amplitude.

O Código de Caça considera objecto desse modo de adquirir apenas os animaes sylvestres, salvo os pombos domesticos, que, nos seus *stands*, abatem os membros das sociedades de tiro ao vôo (art. 3). Fica, assim, inutilizada a norma estatuida no art. 596 do Código Civil: *Não se reputam animaes de caça os domesticados, que fugirem aos seus donos, enquanto estes lhes cuidarem á procura*. Exceptuados pombos nos *stands* das sociedades de tiro ao vôo, somente os animaes sylvestres se consideram proprios para a caça. *Sylvestres* ou *bravios* são os animaes, que vivem livres, independentes do homem, nos bosques, nas aguas ou nos ares. Differem dos *mansos*, que vivem, ordinariamente, na dependencia do homem, e dos *domesticados*, que, sendo bravios por natureza, se habituaram a viver com o homem.

IV. *Pesca*. — O decreto-lei n. 974, de 19 de Outubro de 1938 revogou o dec. n. 23.672, de 2 de Janeiro de 1934, que instituiu o Código de Caça e Pesca, e approvou o Código de Pesca.

Os serviços de pesca, em todo o Brasil ficam subordinados ao Ministerio da Agricultura, pelo Serviço de Caça e Pesca do Departamento Nacional de Produção animal e sujeitos ás determinações do mencionado Código de Pesca (art. 1.º).

Quanto ás aguas em que é exercida, a pesca é *interior* ou *maritima*. Interior é a exercida em lagôas, lagunas, açudes, ou quaesquer depositos de agua doce, assim como nos cursos d'agua e canaes sem communicação com o mar (ar-

tigo 3). A marítima é dividida em *littoranea*, *costeira*, e *de alto mar*. A *littoranea* é a exercida nos portos, bahias, enseadas, lagoas, lagos e braços de mar, canaes e quaesquer outras bacias de agua salgada ou salobra, ainda que só communicquem com o mar, durante uma parte do anno (art. 2, § 1.º). *Costeira* é a exercida até á distancia de doze milhas, na perpendicular da costa (art. 2, § 2.º). *De alto mar* é a que se exerce além das aguas territoriaes (art. cit., § 3) (5).

Somente aos brasileiros é facultado exercer e explorar, profissionalmente, a pesca. Esta determinação é extensiva aos amadores de pesca e á administração das sociedades civis, commerciaes ou industriaes, que explorem a pesca (6). No territorio nacional o exercicio da pesca depende de licença, que somente será concedida aos brasileiros maiores de dezeseis annos (art. 6).

E' prohibido pescar: *a*) Com rede ou quaesquer aparelhos nos logares em que embarcem a navegação; *b*) ou impeçam o livre transito das especies de fauna aquatica, nas barras, rios, riachos, canaes, ou a menos de cinco milhas de distancia desses logares; *c*) com redes ou aparelhos de arrasto, na pesca interior ou *littoranea*; *d*) com redes de arrasto a menos de tres milhas da costa; *e*) com redes de arrastão de praia na pesca *littoranea*, ou na interior e nas proximidades das embocaduras dos rios; *f*) com redes traîneiras a menos de duzentos metros das margens,

(5) Deste dispositivo do Codigo de pesca, se induz, combinando-o com o anterior, que as aguas territoriaes se estendem até doze milhas da costa, em relação á pesca. Não quer isto dizer que a lei brasileira pretendeu solver a controversia existente no Direito Internacional, quanto á extensão do mar territorial. V. o meu *Direito publico internacional*, I, § 60.

(6) Decreto-lei n. 1.709, de 27 de Outubro de 1939, que modificou o art. 5.º do Codigo de Pesca eliminando as palavras — *e industrias correlatas*.

nas bahias ou enseadas; *g*) com dinamite ou qualquer explosivo; *h*) com substancias toxicas; *i*) a menos de quinhentos metros dos tubos de descarga dos esgotos; *j*) a distancia menor de duzentos metros a montante ou jusante das cachoeiras, corredeiras, barragens e escadas para peixes; *k*) com facho ou luz de qualquer natureza, quando tal processo possa causar embaraço á navegação; *l*) nos logares interdictos pelo Serviço de Caça e Pesca; *m*) por meio de qualquer systema ou processo, que prejudique a criação ou procreação das especies da fauna aquatica. a juizo do Serviço de Caça e Pesca (Codigo cit., art. 15).

As infrações a estas e outras normas prescriptas pela legislação especial da pesca são punidas (7).

A pesca é sujeita á fiscalização technica, mediante instruccões dadas pelo Serviço de Caça e Pesca (art. 75).

Os pescadores profissionaes fazem parte, obrigatoriamente, das colonias, em cuja zona residam, ou onde estacione o seu barco (arts. 7-13).

V. Estão revogados ou modificados, em face da legislação especial da pesca, os artigos 599 e 602, do Codigo Civil, que consagravam a liberdade da pesca em aguas particulares e publicas. Actualmente, a regulamentação dessa industria se estende ás aguas particulares. O exercicio da pesca por amadores depende de licença annual; as expedições artisticas e scientificas dependem da permissão do Serviço de Caça e Pesca; as represas de rios ou outros cursos d'agua devem ter obras, que permittam a conservação da fauna fluvial.

(7) Codigo de Pesca, arts. 6 e 16, e decreto-lei n. 1.631 de 27 de Setembro de 1939, arts. 8 a 17.

Subsistem, porem, os arts. 600 e 601, pelo fundamento logico, de que são natural expressão. Pertence ao pescador o peixe, que pescar e o que arpoado ou farpado, perseguir, embora outrem o colha (art. 600). Perderá para o proprietario das aguas, aquelle que nestas pescar sem licença do mesmo (art. 601). O dono das aguas tambem o é da fauna, que ahí exista, ainda que se ache submettido á regulamentação da pesca.

§ 46

DA INVENÇÃO

O Codigo Civil, art. 603, denomina invenção o achado de coisa movel aiheia perdida, impondo ao inventor ou achador a obrigação de restituil-a ao dono ou legitimo possuidor (1). Não o conhecendo ou não conseguindo encontrar-o, será o objecto achado entregue á autoridade competente do logar.

Quando a coisa é abandonada, derelicta, é outra a relação juridica. Dá-se occupação, em virtude da qual a coisa é adquirida por quem a apprehende. Se a coisa é per-

(1) LAFAYETTE, *Direito das coisas*, § 35; LACERDA DE ALMEIDA, *Direito das coisas*, § 15; SÁ PEREIRA, *Manual do Codigo Civil*, VIII, ns. 136 e segs.; COELHO DA ROCHA, *Instituições*, § 416; *Code Civil allemand* publié par le Comité de leg. comp., ao art. 965; KOHLER, *Lehrbuch*, II, 2.^a parte, § 73; ENDEMANN, *Lehrbuch*, II, § 87; DERNBURG, I, 2.^a parte, § 206; PLANIOL, RIPERT e M. PICARD, *Traité*, III, *Les biens*, ns. 599 e segs.; SALVAT, *Derecho civil argentino, Derechos reales*, I, ns. 785 e segs.; CUNHA GONÇALVES, *Tratado de direito civil portuguez*, III, numeros 333 e seguintes.

dida, continua na propriedade de quem a perdeu. Não ha occupação. *Ejus eam esse, cujus fuerat.*

Esta é a doutrina do direito romano, a que o nosso adheriu, como grande parte das legislações modernas, algumas das quaes, entretanto, admittem, em certos casos, a apropriação das coisas perdidas. Assim é que o Codigo Civil portuguez, art. 419, declara que o achador fará sua a coisa achada: § 1.º Se não exceder o valor de tres mil réis, não lhe apparecendo o dono dentro de quarenta e cinco dias, contados desde a data da affixação da noticia pela autoridade administrativa da parochia, nas portas da igreja parochial. § 2.º Se exceder desse valor, até seis mil réis, não lhe apparecendo dono até tres meses, desde a data da publicação na gazeta da respectiva relação. § 3.º Após meio anno, se o valor não exceder a doze mil réis. § 4.º Após um anno, se a coisa valer mais de doze mil réis, sendo que, neste caso, deduzidas as despezas, um terço será applicado para o Conselho de beneficencia pupilar da comarca, onde a coisa fôr achada.

O Codigo Civil allemão, que, aliás, é muito minucioso nesta materia, admite, em dada circumstancia, que a invenção (*Fund*) seja modo de adquirir. Assim é que estatue o art. 973 que, decorrido um anno do aviso dado do achado á policia, o inventor se torna proprietario da coisa, salvo se, antes desse tempo, elle tiver conhecimento de quem tenha direito a ella, ou se este houver apresentado reclamação á policia.

Outros Codigos, como o brasileiro, não consideram a invenção modo de adquirir. O argentino trata da invenção nos arts. 2.531 a 2.539, e considera o achador depositario se della se apoderar; conhecendo o dono, deverá entregar-lh'a; não o conhecendo, entregará ao juiz mais proximo ou á policia do lugar; passados seis mezes dos avisos dados pelo juiz ou pela policia, não, apparecendo o dono, a coisa será vendida em leilão, deduzindo do preço

as despesas de apreensão, conservação e recompensa ao inventor. Commetterá crime de furto o achador que se apropriar da coisa achada.

O achador, preceitua o Código brasileiro, art. 604, tem direito a uma recompensa, pelo simples facto de ter achado a coisa perdida, e mais a ser indemnizado das despesas de conservação e transporte, que haja realizado. Mas se tiver procedido com dolo, responderá pelos prejuizos causados. Ainda que a relação jurídica formada pelo achamento seja uma gestão de negocio alheio, a responsabilidade do achador é menor do que a do gestor commum, porque a sua intervenção é casual e se limita á conservação e, quando necessario, tambem ao transporte.

Não sendo encontrado o dono da coisa perdida, determina o art. 606 do nosso Código Civil, será ella vendida em hasta publica, e deduzidas do preço as despesas e a recompensa do achador, o remanescente pertencerá ao Estado ou ao Districto Federal, se nos respectivos territorios se tenham deparado, e á União, se achada em territorio ainda não constituido em Estado. Tornou-se, então, bem vago.

§ 47

DO THESOURO (1)

I. *Thesouro*, define o art. 607 do Código Civil, é o *deposito antigo de moeda ou coisas preciosas, enterado ou occulto, de cujo dono não haja memoria*. E' a idéa de PAULO: *thesaurus est vetus quaedam depositio pe-*

(1) LAFAYETTE, *Direito das coisas*, § 35, 3 e 4; LACERDA DE ALMEIDA, *Direito das coisas* § 5; SÁ PEREIRA, *Manual cit.*, ns. 140 e segs.;

curiae cujus non extat memoria, ut jam dominium non habeat (1-a).

O modo de adquirir pelo achamento do thesouro é diversamente classificado pelos autores. Não é, propriamente, occupação, porque neste modo de adquirir, a propriedade resulta, immediatamente, do facto da apprehensão; o dono do predio, onde se encontra a coisa sem dono, pode impedir que o estranho nelle penetre; a occupação refere-se a coisas que se vêem, sejam animaes, pedras preciosas, conchas ou outras substancias mineraes. Também não será invenção, porque esta não é modo de adquirir e a coisa achada não entra para o patrimonio do achador. E' um caso de accessão, da parte do proprietario, do predio; por isso, é que elle tem direito á metade do thesouro; a outra metade cabe ao descobridor, como recompensa, por ter feito volver o thesouro á sociedade civil, como ensina DERNBURG. O pensamento de KOHLER é semelhante. "No thesouro" diz elle, trata-se de uma coisa sem dono, que, em consequencia de sua posição, foi subtrahida á humanidade, e que o descobridor lh'a restitue. O seu serviço não é individual, é social". Entende, porem, que o descobrimento do thesouro não é acto juridico, mas um acto neutro de consequencias juridicas. E assim pensa, porque um incapaz pode realizal-o. E que o mais justo seria entregar o thesouro ao Estado ou ao Municipio e compensar o descobridor com certa somma, que poderia ser um terço ou a metade do valor do achado.

COELHO DA ROCHA, *Instituições*, § 416; PLANIOL, *Traité*, I, ns. 1.320-1.329; PLANIOL, RIPERT et M. PICARD, *Les biens*, ns. 605 e segs.; HUC, *Commentaire*, V, ns. 15 e 16; AUBRY et RAU, *Cours*, II, § 201, 3.^{me}; BUFNOIR, *Propriété et contrat*, ps. 20-23; ENDEMANN, *Lehrbuch*, II, § 88; WINDSCHEID, *Pandette*, I, § 164; DERNBURG, *Pandette*, I, § 206; KOHLER, *Lehrbuch*, II, § 73; R. SALVAT, *Derechos reales*, ns. 746 e seguintes.

(1-a) D. 41, 1, fr. 31, § 1.^o. Vejam-se mais: *Institutas*, 2, 1, fr. 39; e Cod., 10, 5, lei unica.

Parece, entretanto, bem fundada na razão a norma, que o Código Civil brasileiro e outras legislações receberam do direito romano: a metade do valor do thesouro, cabe ao proprietario do predio e a outra metade ao descobridor; ao primeiro, porque o thesouro se achava em seu predio, embora ignorado, e ao segundo como recompensa ou premio do seu casual achado, que restituiu á sociedade uma riqueza perdida.

Segundo o art. 607 do nosso Código Civil, as características do thesouro são: *deposito antigo de moedas ou coisas preciosas; não ter dono conhecido* em virtude de sua vetustez; *estar occulto em predio*, e não em qualquer movel; *o seu achamento ha de ser casual*.

Se o achador fôr o dono do predio, onde fôr encontrado o thesouro, ou algum empregado seu, mandado em pesquisa, ou terceiro, que, sem autorização do dono do predio, o invada e ahí encontre o thesouro, pertencerá este, por inteiro, ao dono do predio, por direito de accessão, nos dois primeiros casos; e, no terceiro, por não merecer recompensa ou premio aquelle que, sem licença, ou autorização legal, se introduz na propriedade alheia. Aliás, se a busca fôr intencional, tirará ao achado o character de thesouro. Faltaria o character de casual ao achamento. O dono do predio pode ordenar pesquisas nelle, e, seja ou não casual o encontro do thesouro, este lhe pertence, porque é um accessorio do seu immovel; mas o estranho commette acto illicito indo fazer pesquisas na propriedade alheia, sem estar legalmente autorizado. O art. 608 do Código Civil, estatuinto a norma acima exposta, usou de expressão obscura, ao referir-se a terceiro que, sem autorização do dono do predio, nelle entra á procura de thesouro. O terceiro que, casualmente, descobre um thesouro em predio alheio, tem direito á metade, como diz o art. 607; mas, é claro elle não estava autorizado a pesquisar, pois que o seu encontro ha de ser casual, por definição. Quer o Co-

digo dizer que não tem direito á metade do thesouro aquelle que, sem autorização do dono do predio. nelle entrar, e ahí descobre o thesouro.

O emphyteuta acha-se na situação do proprietario, pois que lhe cabe o dominio util. Applica-se-lhe a regra estabelecida para o proprietario. Se fôr elle o inventor do thesouro, tel-o-á por inteiro; se outrem fôr o achador, dividir-se-á, por equal. o achado, entre elle e o descobridor (Codigo Civil, art. 609).

Se alguém mostrar que a coisa achada lhe pertence, não haverá thesouro, que é um deposito de moedas ou coisas preciosas, *de cujo dono não haja memoria*. E' coisa, que se tornou sem dono peio tempo immemorial decorrido.

Não se confunde o thesouro com a jazida, porque esta é massa de substancia mineral ou fossil, em estado natural, e o thesouro se compõe de objectos preciosos, que pertenceram a alguém; mas, pelo tempo transcorrido, não se sabe mais quem foi.

II. Não ha uniformidade no modo por que os Codigos têm disciplinado esta materia.

O Codigo Civil francez, art. 716, define o thesouro *toda coisa* enterrada ou occulta sobre a qual ninguem pode justificar a sua propriedade e que é descoberta casualmente. Não diz o Codigo francez que essa coisa ha de ser movel; mas a jurisprudencia fixou essa intelligencia, não só por influencia do direito romano, como, principalmente, pela propria natureza das coisas. A propriedade do thesouro pertence ao achador e ao dono do predio, por partes eguaes. Pode encontrar-se o thesouro em um movel ou num immovel, entende a doutrina, apesar da letra do Codigo, que diz: *si le trésor est trouvé dans le fond d'autrui, il appartient pour moitié à celui qui l'a décomvert, et pour l'autre moitié au propriétaire du fond*.

Definição do Codigo Civil hespanhol, art. 352; thesouro é o deposito occulto e ignorado de dinheiro, alfaias

e outros objectos preciosos. cuja legitima propriedade não se sabe a quem pertence. O thesouro pertence ao dono do predio em que se achar. Todavia, se a descoberta for feita em propriedade alheia, e por casualidade, a metade caberá ao descobridor (art. 351).

A theoria do thesouro, no Codigo Civil argentino é a seguinte: thesouro é todo objecto, que não tem dono conhecido, que está occulto ou enterrado num immovel, seja criação antiga ou recente, exceptuados os objectos, que se encontrem nos sepulcros, ou em logares publicos, destinados á sepultura dos mortos (art. 2.551). E' prohibido procurar thesouro em predio alheio, sem licença do dono, ou de quem o represente (2.552). Se alguém disser que tem um thesouro, em predio alheio, pode ir buscá-lo, sem consentimento do dono, se indicar o logar, onde se encontra e garantir a indemnização dos prejuizos, que causar (art. 2.553).

Denomina-se thesouro, diz o Codigo Civil chileno, art. 625, a moeda ou joias ou outros objectos preciosos que, preparados pelo homem, ficaram, por longo tempo sepultados ou escondidos, sem que haja memoria nem indício de seu dono. A metade do thesouro pertencerá ao dono do terreno, e a outra ao seu descobridor, quando encontrado, casualmente, em predio alheio (art. 626). Qualquer pessoa poderá pedir permissão ao dono de um estabelecimento rural ou edificio para cavar no solo e tirar dinheiro, ou coisas preciosas, que assegure pertencer-lhe e achar-se ahí escondido. Se indicar, com precisão, o logar onde se acham, essas preciosidades e responder por qualquer prejuizo, que causar, o dono do estabelecimento ou edificio não poderá negar a permissão (art. 627). Os arts. 720, 721 e 723 do Codigo Civil do Uruguay seguiram as provisões do chileno acima indicados.

O Codigo Civil peruano abstem-se de definir o que seja thesouro, e nos arts. 887 a 889 preceitua que o the-

souro, descoberto em terreno proprio é do descobridor; que ninguem pode procurar thesouro em terreno alheio, sem permissão do dono; e que o thesouro achado em terreno alheio se dividirá, por partes eguaes entre o que achou e o proprietario do solo, salvo convenção differente.

O venezuelano, 791, adoptou a noção commum, que veio do direito romano.

O allemão não se refere á casualidade do achado, mas exige a tomada de posse do descobridor (so wird das Eigentum zur Haelfte von dem Entdecker . . . erworben). No mais consagra as noções tradicionaes (art. 984).

Diminuem a gratificação do descobridor: o Codigo Civil suisso, que concede ao descobridor uma recompensa equitativa, não superior á metade do valor do thesouro, que é considerado propriedade daquelle em cujo *movel* ou *imovel* foi encontrado (art. 723) (2); e o portuguez, que attribue ao descobridor um terço do valor do thesouro encontrado em terreno alheio, e que ahi se acha ha mais de trinta annos (art. 424).

§ 48

DA ESPECIFICAÇÃO (1)

I. *Especificação é o modo de adquirir resultante da transformação de coisa movel em especie nova, em virtude do trabalho ou industria do especificador, desde que*

(2) As curiosidades naturaes e as coisas antigas sem dono, que offerecerem consideravel interesse scientifico serão propriedade do cantão, em cujo territorio forem achadas. O proprietario do terreno deve consentir nas pesquisas, mas terá direito de ser indemnizado dos prejuizos, que soffrer (art. 724). Disposição semelhante no Codigo Civil do Mexico, art. 878.

(1) LAFAYETTÊ, *Direito das coisas*, § 37; LACERDA DE ALMEIDA, § 17;

não seja possível restituil-a á forma anterior (Codigo Civil, art. 611). Se parte da materia prima submettida á transformação pertencia ao especificador, este adquire a especie nova, irreductivel ao estado anterior, somente por seu trabalho ou industria. Tambem lhe pertence a especie nova, ainda que toda a materia prima seja alheia, se agiu de bôa fé; ou se o preço da mão de obra exceder, consideravelmente o valor da materia prima (Codigo Civil, artigo 612) (2). Se a especie nova é, de má fé, obtida com materia alheia, pertence ao dono da materia. E tambem assim será, quando a especie nova puder volver ao estado anterior.

Sempre que a especie nova é adquirida pelo especificador, terá elie de indemnizar o proprietario da materia prima, salvo accordo entre as partes, para se tornarem condominas (arts. 613 e 614). E igualmente, será indemnizado o especificador de bôa fé, quando a especie nova couber ao proprietario (art. 613).

II. Casos particulares de especificação se encontram na pintura em tela de outrem; na escultura com materia prima alheia. marmore, metal ou madeira: na escripta, ou

PLANIOL, *Traité*, I, ns. 1.606 e 1.607; HUC, *Commentaire*, V, ns. 160 e 161; AUBRY et RAU, *Cours*, II, § 205; ENDEMANN, *Lehrbuch*, II, § 84; WINDSCHEID, *Pand.*, I, § 187; DERNBURG, *Pand.*, I, § 204; KOHLER, *Lehrbuch*, § 76; R. SALVAT, *Derecho civil argentino, Derechos reales*, I, ns. 801 a 812; N. STOLFI, *Diritto civile*, II, parte prima, ns. 753-755.

(2) O Codigo Civil, art. 612, § 2.º attribue a especie nova ao transformador da materia prima, ainda que de má fé, quando o valor da mão de obra excede, consideravelmente, o da materia prima. Mais justa era a solução romana, que exigia a bôa fé, para attribuir a propriedade da especie nova ao especificador (WINDSCHEID, *Pand.*, § 187). Mas os nossos autores e os reinicolas haviam seguido a orientação que encontrou guardada no Codigo Civil (LAFAYETTE, MELLO FREIRE. COELHO DA ROCHA).

outro qualquer trabalho graphico, sobre papel ou outra materia alheia (art. 614, com referencia ao 62. onde se faz certo que, nesses casos, não ha accessão).

O que, na especificação, gera o direito é o trabalho creador, que transforma a materia informe em obras d'arte, da sciencia ou de utilidade para a vida social. E essa criação se verifica, de modo claro, quando, na tela, que não é sua, o artista pinta um bello quadro; ou do marmore alheio o esculptor faz uma estatua; ou no papel, de outrem, o escriptor dota a sciencia ou a literatura com um producto de valor intellectual. Para a sociedade e para a civilização, a materia utilizada perde todo o interesse, que se volve para a forma nova, que a intelligencia fez surgir.

III. Nem todas as legislações adoptam as soluções constantes dos dispositivos do nosso Codigo Civil, que acabam de ser indicados, e são, com ligeiras modificações as do direito romano (3).

Muitos Codigos consideram que, se a especie nova, trabalhada em materia prima alheia, não pode, sem inconveniente, separar-se desta, se estabelece communhão entre o dono da materia e o autor da mão de obra. Assim decidem: o Codigo Civil francez, art. 572; o chileno, 662, ultima parte; o uruguayo, 741; o venezuelano, 556.

Semeilhante á do nosso Codigo Civil, ainda que não identica é a orientação do Codigo Civil allemão, art. 950, que preceitua: — “Aquelle que por meio de trabalho (*Bearbeitung*) ou transformação (*Umbildung*) de uma ou diversas materias, produz uma coisa movel nova, adquire-lhe a propriedade, salvo se o valor do trabalho ou

(3) Inst. 2, 1, § 25; D. 41, 1, fr. 7, § 7; DERNBURG, *op. cit.*, § 204.

da transformação é, notavelmente, inferior ao da materia". Não se allude á bôa fé do especificador; e a consideração de ordem economica apresenta-se por modo differente da que se observa na lei brasileira.

KOHLER censura a expressão *Bearbeitung* empregada, neste passo, pelo Codigo Civil allemão, e prefere denominar este modo de adquirir producção artistica (*Kunsterzeugniss*). Mas a palavra especificação, que nos vem das fontes romanas é a mais adequada.

O Codigo Civil suiso, art. 726, dispõe: "Quando alguém emprega, em obra sua, coisa alheia, ou a transforma, a coisa nova pertence ao operario, se o trabalho é mais valioso do que a materia, e ao dono da materia no caso contrario. Se o operario não estava de bôa fé, pode o juiz attribuir a coisa nova ao dono da materia, ainda que o trabalho seja mais valioso. Ficam reservadas as acções de indemnização e de enriquecimento".

Entre os Codigos mais antigos, o argentino muito se aproxima das soluções do brasileiro. Diz o art. 2.567: "Adquire-se o dominio pela transformação ou especificação, quando alguém, por seu trabalho, faz objecto novo com a materia de outrem na intenção de se apropriar delle. Art. 2.568: "Se a transformação é feita de bôa fé, ignorando o transformador que a coisa era alheia, e não fôr possível reduzi-la á sua forma anterior, o dono della só terá direito á indemnização correspondente". Determina o art. 2.569 que, se a transformação foi feita de má fé, o dono da materia tem direito de ser plenamente indemnizado e de propor a acção criminal adequada, se não preferir ficar com a coisa nova, indemnizando o trabalho do transformador. E o art. 2.570, referindo-se á transformação de bôa fé, quando é possível restituir a coisa á sua forma anterior, permite que o dono da materia fique com a especie nova, indemnizando o trabalho do transforma-

dor. ou que exija o valor da materia. deixando a especie nova com o transformador.

O Codigo Civil portuguez, art. 2.302, tambem attende á bôa fé do especificador para attribuir-lhe a propriedade da coisa transformada, se não puder ser restituída á sua primeira forma ou não o puder ser, sem perda do valor creado pela especificação. "Neste ultimo caso, porém, terá o dono da materia o direito de ficar com o objecto, se a valia do lavor não exceder á da materia. Em ambos os casos, será obrigado o que ficar com a coisa a indemnizar o outro do valor, que, directamente, lhe pertencer". Se a especificação tiver sido feita de má fé, dispõe o art. 2.303, será restituída a coisa especificada ao seu dono, no estado, em que se achar, com perdas e damnos, salvo se o valor da especificação augmentar em mais de um terço o da coisa especificada, caso em que o dono desta reporá o que exceder do terço.

O Codigo Civil do Perú dispõe com simplicidade, que, por via das consequencias, a que se presta o preceito abrange a theoria da especificação: — "Os objectos, que se fazem de bôa fé, com materia alheia, pertencem ao artifice, pagando o valor da materia empregada" (art. 883).

§ 49

DA CONFUSAO, COMMIXTÃO E ADJUNÇÃO (1)

Denomina-se *confusão*, em direito civil, a *mistura de coisas liquidas ou liquefeitas; commixtão a de coisas secas; e adjuncção, a justaposição de uma coisa á outra.*

(1) LAFAYETTE, *Direito das coisas*, §§ 41 e 42; LACERDA DE ALMEIDA,

Quando é possível separar as coisas confundidas, misturadas ou ajuntadas, sem deterioração, continuam a pertencer aos respectivos donos. Não sendo possível, ou exigindo a separação dispendio excessivo, o todo indiviso pertence aos proprietários, proporcionalmente aos respectivos objectos, com que contribuíram para a mistura ou agregado. Se, porém, uma das coisas puder considerar-se principal, o dono della sel-o-á do todo, indemnizando os outros (Codigo Civil, art. 615). Esta situação apparece, mais frequentemente, na adjuncção.

Tem cabimento esta provisão, quando a confusão, mistura ou adjuncção se opera de bôa fé; no caso contrario, caberá ao proprietario, que não concorreu para o novo estado das coisas, guardar o todo, pagando a porção, que não fôr sua, ou renunciar a que lhe pertence, mediante indemnização (art. 616).

Se da mistura de materias differentes resultar especie nova, haverá especificação.

§ 50

DA TRADIÇÃO (1)

I. Em relação ás coisas moveis, a tradição é o acto, em virtude do qual o direito pessoal, resultante do acto juridico entre vivos, se transforma em direito real, e con-

Direito das coisas, §§ 2 e 22; COELHO DA ROCHA, *Instituições*, §§ 418 e 419; ENDEMANN, *Lehrbuch*, II, § 83; DERNBURG, *Pandette*, I, §§ 209 e 210; WINDSCHEID, *Pandette*, I, §§ 189 e 190; R. SALVAT, *Derechos reales*, I, ns. 876 a 882.

(1) LAFAYETTE. *Direito das coisas*, §§ 43 a 46; TEIXEIRA DE FREITAS,

siste na entrega da coisa a quem a adquiriu. Corresponde á transcrição na transferencia de direitos reaes sobre imoveis. *Traditio est datio possessionis.*

Sentiram os romanos a necessidade de tornar publica a transferencia da propriedade e crearam a tradição, sem a qual ha, tão somente, obrigação, direito pessoal. *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur* (2). Este systema passou para o nosso direito e o Codigo Civil consagrou-o, quanto ás coisas moveis, declarando no art. 620: *O dominio das coisas não se transfere pelos contractos, antes da tradição. Os direitos reaes sobre coisas moveis, quando constituídos ou transmitidos por actos entre vivos, também só se adquirem com a tradição*, acrescenta o art. 675. O primeiro dos dispositivos citados refere-se ao dominio, e o segundo aos outros direitos reaes.

A tradição valida presuppõe capacidade no tradente e no adquirente, forma prescripta ou não defeza em lei e objecto licito.

A capacidade do tradente é o poder juridico de alienar, que compete, exclusivamente, ao proprietario, que tenha a livre disposição de seus bens. Pode, porem, a tradição ser, legitimamente, feita por meio de representante legal ou convencional.

A capacidade do adquirente é a de contractar.

Consolidação, arts. 908 e 909 e notas; LACERDA DE ALMEIDA, *Direito das coisas*, §§ 23 a 26; S. VAMPRÉ, *Manual*, II, §§ 21 e segs.; SÁ PEREIRA, *Manual do Codigo Civil*, VIII, ns. 160 e segs.; COELHO DA ROCHA, *Instituições*, § 140 e nota KK no fim do vol.; ENDEMANN, *Lehrbuch*, II, § 80; KOHLER, *Lehrbuch*, II, §§ 77-80; DERNBURG, *Pand.*, I, §§ 211-216; WINDSCHEID, I, §§ 171 e 172; R. SALVAT, *Derechos reales*, I, ns. 883-903; GIRARD, *Droit romain*, p. 293 e seguintes.

(2) *Codex*, 2, 3, l 20; D. 41, 1, fr. 9, §§ 3 e 6; fr. 20 e fr. 31; *Institutas*, 2, 1, § 40: *per traditionem quoque jure naturali res nobis adquiruntur.*

Diz-se que a tradição é *real*, quando se opera pela entrega effectiva da coisa alienada ao adquirente, que, materialmente, a apprehende, ou assignala. Ainda se considera a tradição feita por terceiro, que, por ordem do tradente, a entregue ao adquirente ou á pessoa, que este designar; pela remessa do objecto á casa do adquirente, ou onde este determinar. A entrega das chaves da casa, onde se achar o objecto alienado, é tradição *symbolica*, porque não consiste na entrega e apprehensão material do objecto, e sim num signal representativo desses actos. Aliás esta designação, como as de *brevi manu*, *longa manu* cahiram em desuso. No constituto possessorio (3), a tradição consta, simplesmente, da mudança da posse a titulo de proprietario em posse subordinada ou directa, como quando o alienante conserva a coisa em virtude de contracto, que lhe dê esse direito, ou, ao contrario, quando elle, em virtude de contracto, já se acha na posse do objecto e lhe adquire o dominio (Cod. Civil, arts. 620, 2.^a parte e 621). É a *traditio brevi manu*. Foi por essa porta que se abriu o caminho para o systema de transferencia do dominio por mero effeito da convenção, a que adeante se alludirá.

Ha casos em que se dispensa a tradição para transferencia de dominio entre vivos (4). Assim é no caso do regimen de communhão universal de bens, e para os adquiridos na constancia do casamento, se não ha disposição em contrario.

Outros casos ha, em que a propriedade de certos bens se transfere por processo especial, estabelecido em lei, como em relação ás apolices da divida publica, das acções nomi-

(3) Veja-se o § 16 deste livro.

(4) A transmissão da posse por direito hereditario apera-se, immediatamente, por disposição de lei (Codigo Civil, art. 1.572).

nativas das sociedades anonymas. das embarcações nacionaes.

Feita por quem não seja proprietario, a tradição não alheia a propriedade, porque, se ella é modo de transferir o dominio das coisas moveis, presuppõe um acto translativo desse direito, um contracto declarando a vontade de alienar, como a compra e venda, a doação, ou um acto judiciario, como a arrematação e a adjudicação.

Attendendo, porem, á bôa fé do adquirente, se o alienante não era dono do objecto, quando o entregou, mas vier a sel-o depois, *considera-se revalidada a transferencia e operado o effeito da tradição*, desde o momento em que se realizou (art. 622).

Se o acto translativo do dominio fôr nullo, nenhum effeito produzirá.

II. O systema romano, da necessidade da tradição para a transferencia do dominio, por acto entre vivos, e que foi seguido pelo nosso Codigo Civil, acha-se admittido na Allemanha, Codigo Civil, arts. 929 e 930; na Austria, Codigo Civil, arts. 423 e 426; na Suissa, Codigo Civil, arts. 714 e 717; na Argentina, Codigo Civil, arts. 577 e 2.601 a 2.603; no Uruguay, Codigo Civil, arts. 758 e segs.; no Chile, Codigo Civil, arts. 670 e seguintes.

O Codigo Civil allemão, art. 929, assim dispõe: "Para transferir a propriedade de uma coisa movel, é preciso que o proprietario faça tradição da coisa ao adquirente e que ambos estejam de accordo para realizar a transferencia". E, no art. 930, acrescenta: "Se o proprietario está na posse da coisa, a tradição pode ser substituida por uma relação de direito, entre elle e o adquirente, em virtude da qual obtem este ultimo a posse mediata". E' o constituto possessorio, que o Codigo tedesco reconhece.

Outras legislações, em parte, influenciadas pelo constituto possessorio, em que não ha entrega real do objecto.

alienado, e, em parte, pela supposição de que na tradição havia apenas resquício do formalismo primitivo, admitiram a translação do domínio por simples effeito do contracto.

Seguiram essa orientação:

O Codigo Civil francez, art. 711, que dispõe: "*A propriedade dos bens adquire-se e transmite-se por successão, doação entre vivos ou testamentaria e por effeito das obrigações*"; o portuguez, art. 715; venezuelano, 787; mexicano, 2.014.

§ 51

DO USOCAPIAO (1)

I. *O usocapiao das coisas moveis é o modo de adquirir-as pela posse ininterrupta e tranquilla, durante tres annos, baseada em justo titulo e bôa fé* (Codigo Civil, art. 618).

Por direito romano, o prazo do usocapiao das coisas moveis era de um anno, referem as *Inst.* 2, 6, pr.; mas depois foi augmentado para tres annos (Cod. 7, 31, lei unica). O mesmo prazo, acompanhado, igualmente, de justo titulo, bôa fé, continuidade e tranquillidade, estabelecem os Codigos seguintes: portuguez, art. 532; austriaco, art. 1.466; hespanhol, 1.940, 1.941 e 1.955; chileno, 2.498 e 2.508; uruguayo, 1.212; mexicano, 1.151.

O actual Codigo peruano contenta-se com dois annos (art. 893), se ha justo titulo e bôa fé; e quatro annos se falta este ultimo requisito. O suiso, 728, requer titulo.

(1) V. o § 40 acima.

bôa fé e cinco annos de posse pacifica e ininterrupta, e o allemão, dez, nas mesmas condições (art. 937).

No direito francez, encontra-se o celebre principio: *en fait de meubles, la possession vaut titre*. Todavia aquelle que perdeu ou a quem foi furtada uma coisa, pode reivindicar-a, dentro de tres annos, a contar do dia da perda ou do furto, onde ella se encontre (Codigo Civil, artigo 2.279). O Codigo Civil italiano, art. 707, seguiu o systema francez, reduzindo para dois annos a prescripção da reivindicatoria; e o venezuelano reproduz o italiano (arts. 783 e 2.061).

II. Tambem para os moveis ha o usocapião extraordinario, que se consuma em dez annos, segundo o nosso Codigo Civil, art. 619, independentemente de titulo e bôa fé.

Esse usocapião fundado, exclusivamente, no decurso do tempo, encontra-se: no Codigo Civil portuguez, artigo 532; e no uruguayo, 1.214. Para o primeiro, o prazo é de dez annos, para o segundo é de seis, mas não se applica ao caso de furto.

No antigo direito patrio, o prazo desta prescripção era de trinta annos (Ordenações, 4, 3, § 1.º).

III. Ao usocapião dos moveis applicam-se os principios da accessão da posse, da suspensão e da interrupção (2).

(2) A respeito da materia deste §, consultem-se: TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das leis civis*, nota 5, ao art. 1.323, terceira edição; LACERDA DE ALMEIDA, *Direito das coisas*, §§ 39 a 43; COELHO DA ROCHA, *Instituições*, §§ 460-462; SALEILLES, *De la possession des meubles*, 2.º estudo, ns. 11 e seguintes; PLANIOL et RIPERT, *Droit civil*, III, avec la collaboration de M. PICARD, ns. 369 e segs.; AUBRY et RAU, *Cours*, II, § 183; DERNBURG, *Pandette*, I, §§ 217-221; WINDSCHEID, *Pandette*, I, §§ 176-182; *Code Civil allemand*, publié par le Comité de législation étrangère, ao art. 937; ENDEMANN, *Lehrbuch*, II, § 82.

CAPITULO IV

DO CONDOMINIO

§ 52

NOÇÃO DE CONDOMINIO. DIREITOS E DEVERES DOS CONDOMINOS (1)

I. *Condominio, ou compropriedade, é o direito de propriedade, exercido por mais de uma pessoa, conjuntamente, sobre uma coisa, cabendo a cada uma o mesmo poder juridico, idealmente na totalidade e nas minimas partes da coisa. Communis omnium est non quasi singulorum totus, sed pro partibus utique indivisis, ut intellectu magis partes habeant, quam corpore, explicou ULPIANO (D. 45, fr. 5).*

(1) LAFAYETTE, *Direito das coisas*, § 30; LACERDA DE ALMEIDA, *Direito das coisas*, § 13; S. VAMPRÉ, *Manual II*, § 17; SÁ PEREIRA, *Manual do Código Civil*, VIII, ns. 164 e segs.; WHITAKER, *Terras*, ns. 1 a 9; AFONSO FRAGA, *Divisões e demarcações das terras particulares*, ns. 1 a 17, da quarta ed.; COELHO DA ROCHA, *Instituições*, §§ 466 e 467; ENDEMANN,

O condomínio pode originar-se de um contracto, da herança ou de outro facto, em que não haja concurso de vontade. No primeiro caso, diz-se *convencional* e, nos outros, *incidente* ou *eventual*.

Ao lado do condomínio do direito romano, que se acha consagrado nas legislações dos povos chamados latinos, existe a propriedade collectiva do direito germanico (*Gesammt-eigenthum, Gemeinschaft zur gesammten Hand*), sobre cujo conceito variam as opiniões, entendendo-se, porem, mais geralmente, que consiste no gozo em *commum*, sem determinação de partes ideaes (2).

II. O condomínio differe da sociedade, embora haja algumas semelhanças entre as duas formas juridicas, em que as relações dos socios nascem do contracto social e as do condomínio originam-se da situação da coisa pertencente a mais de um proprietario. A sociedade forma-se como os outros contractos, pelo concurso das vontades; o condomínio, além desse modo de formação, aliás escassamente usado, resulta mais de casos para os quaes, como a herança, não intervem a vontade do consorte. Nas sociedades de pessoas, a morte de um socio, acarreta, ordinariamente, lembra LACERDA DE ALMEIDA, a dissolução da sociedade, consequencia que não produz a morte de um condomino, em

Lehrbuch, II, § 70; WINDSCHEID, *Pandette*, I, §§ 142 e 169-a; DERNBURG, *Pandette*, I, § 195; *Code Civil allemand*, publié par le Comité de lég. étr., aos arts. 741 e segs.; AUBRY et RAU, *Cours*, II, § 221; ZACHARIAE, *Droit civil français*, II, § 279; PLANIOL, RIPERT et PICARD, III, (*Les biens*), ns. 267 a 272; CHIRONI, *Istituzione de diritto civile*, §§ 114 e seguintes.; N. STOLFI, *Diritto civile* (Il possesso e la proprietà) I, §§ 477 e seguintes.

(2) DERNBURG, *Pand.*, I, 196, II; ENDEMANN, *Lehrbuch*, II, § 70, 1; KOHLER, *Lehrbuch*, I, § 48; GIERKE, na *Encyclopedie de HOLZENDORF e KOHLER*, I, § 48, p. 490.

relação á existencia do condominio. Finalmente, a sociedade é figura contractual, pertence ao direito das obrigações, e o condominio é direito real e, naturalmente, se enquadra no direito das coisas.

III. Cada condomino tem o direito: a) de usar livremente, da coisa *commum*, segundo o destino, que lhe é proprio, e sobre ella exercer os poderes compatíveis com a indivisão; b) de reivindicá-la de terceiro; c) de alheiar a sua parte indivisa, ou gravá-la (Codigo Civil, art. 623). Todavia é certo que, o condomino em coisa indivisível não pode vender a sua parte a estranho, se outro consorte a quizer, tanto por tanto (Codigo Civil, art. 1.139).

Ao direito de usar da coisa *commum*, conforme o seu destino, corresponde a obrigação de contribuir, na proporção de sua parte, para as despesas de conservação e divisão da coisa *commum*, pois que o estado de indivisão é transitorio, assim como a supportar, também proporcionalmente, os onus a que estiver sujeita (Codigo Civil, artigo 624). Se o consorte não quizer cumprir essas obrigações, que nascem da *communhão*, tratar-se-á de dividir a coisa, respondendo o quinhão de cada um, pela sua parte, nas despesas da divisão (art. cit., paragrapho unico).

Alguns Códigos Civis permitem que o condomino se exima das despesas de conservação e onus, a que estiver sujeita a coisa *commum*, abandonando o seu quinhão. Assim dispõem o Codigo Civil italiano, art. 676, 2.^a parte; o hespanhol, 395, *in fine*; o portuguez, 2.178, *in fine*; o argentino 2.685; e o venezuelano, 749. Outros como o chileno, art. 2.309; e o allemão, 748, silenciam sobre essa situação. O japonês, art. 253, 2.^a parte, determina que, se durante um anno, um dos comproprietarios deixa de cumprir as obrigações, que lhe cabem nessa qualidade, os compartes podem adquirir o seu quinhão, mediante justa indemnização.

Os condôminos não representam os seus consortes; por isso, as despesas, que fizerem em proveito da communhão, obrigam-nos, pessoalmente. Como, porem, todos lucraram o melhoramento realizado ou a despesa, utilmente, feita, e não é justo que se locupletem á custa alheia, a lei confere, ao autor do melhoramento ou da despesa, acção regressiva contra os demais (Codigo Civil, art. 625). O participante é considerado um gestor de negocio. Se ha proveito para a communhão, em sua interferencia, entende-se que as vantagens e os onus correspondentes são de todos, na proporção dos respectivos quinhões. Se não ha vantagens communs, supporta sosinho as despesas quem as fez. ainda que na intenção de favorecer a todos.

Se algum dos consortes não quizer contribuir para a indemnização áquelle que despendeu, proveitosamente, para a communhão, proceder-se-á á divisão do condôminio, respondendo o seu quinhão pelas despesas do respectivo processo (art. cit., paragrapho unico).

As dividas collectivamente contrahidas por todos os condôminos, obrigam a todos, na proporção dos seus quinhões (Codigo Civil, art. 626).

Cada consorte, diz o Codigo Civil, art. 627, responde aos outros pelos fructos, que percebeu da coisa commum, e pelo damno que lhe causou. E' uma regra, logicamente, extrahida do conceito de condôminio; mas acontece, muitas vezes, nos predios ruraes indivisos, que os condôminos se estabelecem em pontos differentes e cultivam porções de terras, arbitrariamente, separadas, mediante supposto assentimento dos outros. Nesses casos não terá applicação a regra do art. 627, porque os consortes gozam a propriedade separada e independentemente uns dos outros, numa divisão provisoria, tacitamente consentida.

Sendo o condôminio forma de propriedade em que ha varios donos da mesma coisa, cada condômino tem o direito de utilização do bem commum limitado por egual

direito dos outros. Não pode, por isso, alteral-o, sem o consentimento delles (Codigo Civil, art. 628). Essa alteração prohibida é, naturalmente, a que muda o destino da coisa, ou lhe transforma o modo de ser, e não o exercicio de direitos compatíveis com a indivisão, de onde resulte melhoramento para a coisa commum.

Em regra, o condominio é estado anormal da propriedade. O condomino pode exigir a divisão da coisa commum. Se a communhão resulta de successão aberta, o acervo hereditario se dividirá com a partilha (*familiae eresciscundae*); se de outra causa se origina a indivisão, desfar-se-á pela acção divisoria (*communi dividendum*); e se provem de não se acharem fixadas as linhas limitrophes, intervirá a acção demarcatoria (*finium regundorum*) (Codigo Civil, art. 629). E' permittido, porem, concordarem os condominos que a communhão se conserve por termo não excedente a cinco annos, susceptivel de prorrogação ulterior (art. cit., paragrapho unico).

Não se entendem essas provisões com certos casos em que, pela propria natureza das coisas, o condominio é permanente, durando todo o tempo, em que subsista a situação, que o determinou. Tal é o caso das paredes meias, dos tapumes divisorios, dos tumulos de familia. A communhão de bens resultante do casamento somente se dissolve com a dissolução da sociedade conjugal.

O doador e o testador podem estabelecer a indivisão do bem doado ou testado, por tempo não excedente de cinco annos (Codigo Civil, art. 630).

Compete, ainda, ao condomino, na qualidade de possuidor defender a sua posse contra quem quer que lh'a perturbe ou esbulhe, ainda que seja um de seus consortes (Codigo Civil, art. 634). Não lhe é permittido, porem, sem previo assentimento de todos os outros, dar posse, uso ou gozo da propriedade a estranho (art. 633), como era cos-

tume fazel-o, outr'ora. Esse abuso, alem de contrariar a estrutura juridica do condominio, era fonte de perturbações entre os condminos e occupantes.

IV. Na propriedade de andares ou apartamentos do mesmo predio por pessoas differentes, ha um mixto de propriedade individual e collectiva.

A lei n. 5.481, de 25 de Junho de 1928 regulou, entre nós esta materia, estabelecendo as normas seguintes.

Somente os edificios de mais de cinco andares, construidos de cimento armado ou materia similar incombus-tivel, podem ser divididos em apartamentos sobre os quaes exerçam dominio autonomo diversos proprietarios (artigo 1.º). O terreno, em que assentam o edificio e installações, assim como as suas dependencias de fim proveitoso e uso commum dos condminos ou occupantes, são indivisiveis e communs a todos os proprietarios do predio. Haverá, portanto, propriedades distinctas e superpostas, e propriedades communs. Cada andar ou apartamento constitue uma casa propria; e o solo, os fundamentos, as paredes principaes, as escadas de acesso de uns para outros pavimentos são communs. São egualmente communs aos vizinhos as paredes divisorias dos apartamentos, os soa-lhos e tectos (art. 4).

O seguro é obrigatorio, podendo ser commum ou de cada apartamento (art. 6). Nas reconstrucções, guardar-se-ão a mesma forma externa e a mesma disposiçào interna, salvo accordo de todos (art. 6, paragrapho unico).

A administração do immovel, no que respeita aos serviços do interesse commum dos moradores, cabe a um dos proprietarios ou a terceiro eleito, annualmente, por maioria de votos dos condminos (art. 8). As despesas communs de conservação do edificio são votadas por maioria e distribuidas a todos os condminos, na proporção do valor da sua propriedade (art. 9).

E' vedado a qualquer proprietario de apartamento: mudar a forma externa da fachada e a distribuição interna dos compartimentos; decorar as paredes e esquadrias externas com tonalidade ou cores diversas das empregadas no conjuncto do edificio; estabelecer enfermarias, officinas, laboratorios ou installações perigosas, ou que produzam ruido incommodo (3); embaraçar o uso dos corredores e caminhos internos, ou lançar-lhes detricτος, aguas e impurezas; empregar qualquer processo de aquecimento susceptivel de ameaçar a segurança do edificio, ou prejudicar-lhe a hygiene e a limpeza (art. 11).

V. A divisão da coisa commum é meramente declaratoria e não attributiva da propriedade do quinhão que cabe a cada um dos ex-condominos (Codigo Civil, artigo 631). Quer isto dizer que se considera cada um dos condominos como dono exclusivo da parte que lhe coube na partilha, desde o inicio da communhão (4).

Pelo direito romano, a partilha do bem commum era attributiva do direito de propriedade de cada ex-condomino sobre o seu quinhão. Entendia-se que cada condomino cedia o seu direito na universalidade dos bens em troca do direito exclusivo sobre uma parte delles (5).

(3) E' o mau uso da propriedade, causando prejuizo aos vizinhos, que daqui por deante se veda. V. o § 41, II, deste livro.

(4) *Meu Direito das successões*, § 103; CARLOS MAXIMILIANO, *Direito das successões*, n. 1.461; MORATO, *Prescripção das acções divisorias*, ns. 8 e segs.; SÁ PEREIRA, *Manual do Codigo Civil*, VIII, ns. 179 e 180; HUC, *Commentaire*, V, ns. 437 e 438; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *Des successions*, III, ns. 3.270 e segs.; AUBRY et RAU, *Cours*, II, § 221 e V, § 625, nota 1; COELHO DA ROCHA, *Instituições*, § 491; PLANIOL, RIPERT, J. MAURY et H. VIALLETON, *Droit civil français*, IV (*Successions*), ns. 637 e seguintes.

(5) D. 10, 3, fr. 6; 31, fr. 77, § 18 (*de leg. 2.º*); Cod. 3, 38, l 1; Inst. 4, 6, § 7 e ainda outras passagens.

Inclinaram-se, porem, as legislações para outro rumo, adoptando para divisão da coisa commum o effeito declarativo, que os autores procuram explicar ou combater, AUBRY et RAU, entendem que, antes, se devera dizer que “a partilha é *desvestitiva* que *investiva*, no sentido de que implica muito menos, da parte dos condminos, translação da propriedade dos objectos materiaes comprehendidos nos quinhões dos outros, do que renuncia da parte dos diversos compartilhantes ao direito indiviso, que lhes competia sobre os objectos, que não entraram no seu quinhão” Entendem estes autores que “a partilha não é, simplesmente, declarativa, porque transforma um direito indiviso sobre a totalidade da coisa commum em um direito exclusivo sobre uma parte materialmente determinada dessa coisa. Não é, verdadeiramente, translativa, porque cada compartilhante se achava, desde antes da partilha, investido em um direito indiviso sobre cada atomo da porção material que lhe é attribuida”. E’, portanto, inexacto dizer que a partilha é, exclusivamente, declarativa, como afirmar que é, exclusivamente, translativa. E, acrescenta E. BARTIN, a regra do art. 883 do Codice Civil francez estatue effeito retroactivo da partilha, porque se trata de uma condição resolutive, inherente á propria indivisão. Nem todos os civilistas, porem, acceitam, sem restricções, esse modo de ver. JOSSERAND oppõe-lhe objecções. No *Tra-tado de direito civil francez*, de PLANIOL et RIPERT, vol. IV, com a collaboração de J. MAURY e H. VALLETON, n. 639, ainda que se reconheça como de bom senso a construcção declaratoria, não se lhe negam “obscuridades e contradicções inevitaveis em materia tão complicada”.

As construcções juridicas imaginadas para explicar o mecanismo das normas admittidas obscurecem, ás vezes, o que é claro. Os romanos consideravam a partilha attributiva da propriedade dos quinhões de cada condomino, porque viam nella a permuta de um direito commum sobre

o todo e sobre cada uma de suas partes, pelo direito exclusivo sobre um quinhão determinado. Mas, em verdade, ha, nesse systema, uma ficção, que podemos dispensar, como não temos necessidade de invocar o effeito retro-activo da condição resolutoria invocado pelos modernos.

O caso é simples. Na indivisão, os condminos têm uma parte ideal indeterminada na coisa commum; emquanto essa parte não é materialmente determinada, em virtude dessa indeterminação, cada um delles é considerado, juntamente com os outros, proprietario da coisa em globo e em cada uma de suas partes. A partilha determina, materialmente, a parte ideal de cada condmino. Como cada um delles já era proprietario dessa parte ideal, a partilha apenas declara qual o quinhão material correspondente á respectiva parte ideal.

VI. A construcção, segundo a qual a partilha da coisa commum é meramente, declarativa da propriedade sobre os quinhões foi adoptada pelos Codigos Civis seguintes:

Francez, art. 883, que preceitua: Chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot, ou à lui échus sur licitation et n'avoir jamais en la propriété des autres effets de la succession.

Argentino: La division entre los coproprietarios es solo declarativa y no traslativa de la propiedad, en el sentido de que cada condmino debe ser considerado como que hubiera sido desde el origen de la indivision, proprietario exclusivo de lo que le hubiere correspondido en su lote, y como que nunca hubiese tenido ningun derecho de propiedad en lo que ha tocado a los otros condminos (artigo 2.695).

O italiano, art. 1.034, reproduz o francez.

VII. Consequencia do principio declarativo é que as quotas de cada ex-consorte não se acham obrigadas pelas dividas pessoas dos outros. Até entre conjuges casados pelo regimen da communhão universal de bens, o Codigo Civil manda applicar esta consequencia, quanto ás dividas pessoas do conjuge, pelas quaes não responde o outro conjuge depois da divisão do activo e passivo (6).

VIII. O art. 532, I, do Codigo Civil manda transcrever os julgados, pelos quaes, nas acções divisorias, se puzer termo á indivisão. A transmissão dos bens por direito hereditario resulta da lei, independe de transcripção; mas, para completar o systema de publicidade instituido para as mutações de dominio, decretou a lei essa providencia.

IX. A indivisão, salvo os casos excepçoes acima indicados, sob o n. III deste paragrapho, é estado provisorio; o estado normal da propriedade é o da exclusividade do poder juridico sobre determinada coisa. Quando a coisa commum é indivisivel, ou se tornar, pela divisão, impropria ao seu destino (6-a), propõe o Codigo Civil diversas providencias em seu art. 632: a adjudicação a um dos consortes, que indemnizará o outro, se todos concordarem nessa solução; se não houver accordo, será vendido o bem e repartido o preço; neste segundo caso, terá preferencia na venda, em condições eguaes de offerta, o condomino ao estranho; e, entre os condominos, o que tiver na

(6) Codigo Civil, art. 268. Ver as *observações* a esse dispositivo no meu *Codigo Civil commentado*, vol. II.

(6-a) O Codigo Civil, art. 53 declara indivisiveis: I. Os bens, que se não podem partir, sem alteração na sua substancia; II. Os que, embora naturalmente divisiveis, se consideram indivisiveis por lei ou pela vontade das partes. Veja-se a *Theoria geral do direito civil*, § 36.

coisa bemfeitorias mais valiosas, ou, não as havendo, o de quinhão maior.

O Codigo do Processo Civil, arts. 405 e 406, combinados com os arts. 704 a 706, consagra essas mesmas providencias, com accrescimo de outras complementares, algumas das quaes os juristas haviam suggerido (7).

Sendo a coisa indivisivel, ou tornando-se impropria, pela divisão, ao seu destino, poderá o condomino requerer a citação dos outros para resolverem se deve ser administrada, vendida ou alugada. Havendo desaccordo, seguirá a causa o curso ordinario. Havendo accordo (verificado, preliminarmente, que não combinaram na adjudicação a um só, mediante indemnização aos demais), se qualquer condomino requerer, o juiz ordenará a venda judicial, na qual será observada a preferencia attribuida ao consorte, nos termos do art. 632 do Codigo Civil, acima citado. Não se tendo attendido, na venda, ás preferencias legaes, o condomino prejudicado poderá requerer, antes da assignatura da carta, o deposito do preço e adjudicação da coisa, citados os demais condominos e o adquirente para dizerem do seu direito.

X. Se o condomino quizer vender a sua parte na coisa indivisivel, deverá citar os seus consortes para, no prazo de cinco dias, deduzirem, por artigos, as suas preferencias. Findo o prazo, o juiz procederá a uma instrução summaria, e estabelecerá por sentença, a gradação entre os concorrentes, ou, no caso de egualdade de quinhões, mandará que a parte se adjudique aos condominos, que a quizerem, depositando, previamente o preço (8).

(7) V. *Codigo Civil commentado*, III, obs. 2.^a ao art. 632.

(8) *Codigo do Processo Civil*, art. 410, que modificou, em parte, a norma estabelecida no art. 1.139 do *Codigo Civil*.

Se nenhum dos condôminos quiser adquirir essa parte, poderá ser vendida a estranho.

XI. Decidindo a maioria absoluta dos condôminos (calculada esta pelo valor dos quinhões) que a coisa commum seja administrada, escolherão o administrador, que será, de preferencia, um dos compartes (Codigo Civil, artigos 636 e 637 e Cod. Proc. Civil, arts. 406; § 2.º e 407).

Os fructos da coisa commum, serão partilhados entre os condôminos, proporcionalmente aos respectivos quinhões. Pode, entretanto, haver convenção ou disposição em contrario, e, nesse caso, attender-se-á, naturalmente, ao que estiver estabelecido, em contracto, testamento ou outra causa legal (Codigo Civil, art. 638).

No caso de duvida sobre o valor dos quinhões, presume-se que são eguaes (art. 639). O condômino, que administrar a coisa commum, por escolha dos outros, exerce mandato, que pode ser revogado pela maioria; mas enquanto fôr exercido produzirá todos os effeitos de direito (arg. do art. 640 do Codigo Civil).

As deliberações serão tomadas por maioria que represente mais da metade do valor total da coisa commum. Havendo empate, decidirá o juiz, ouvidos os condôminos.

XII. Na divisão entre condôminos, não havendo norma preestabelecida, applicam-se as regras da partilha da herança (Cod. Civil, art. 641). Resulta dessa prescripção que: *a*) os credores e cessionarios dos condôminos podem pedir a divisão; *b*) sendo pessoas capazes, podem os condôminos effectuar a divisão, amigavelmente, por escriptura publica ou instrumento particular homologado pelo juiz, sendo, em ambos os casos, transcripto, no registro de immoveis, o documento que serve de titulo á propriedade do quinhão; *c*) não havendo accordo ou sendo algum dos condôminos incapaz, a divisão se fará em juizo;

d) attendida a differença quantitativa dos quinhões, a divisão será tão egual quanto possível, em relação á natureza e qualidade da coisa dividida.

XIII. Caso particular de condominio é o compascuo, de que se occupa o Codigo Civii, no art. 646.

A palavra compascuo pode ser entendida em dois sentidos differentes. Ou é um campo ou terreno, em que podem pastar animaes de varios donos (communhão de pasto), ou os pastos de diversos predios são communs.

O direito romano conhecia as *precoris pascendi servitudes*, direito de pôr animaes pertencentes a um predio (o dominante), a pastar em outro (que é o serviente) (9). Tendo, antes do Codigo Civil, o nosso direito o romano como subsidiario, os nossos autores trataram desta materia no capitulo das servidões ruraes (10).

A lei n. 601, de 18 de Setembro de 1850, art. 5, § 4.º, reconheceu a existencia de campos destinados ao uso commum dos moradores de uma Freguezia, Municipio ou Comarca, e mandou conserval-os, em toda a sua estensão, continuando a prestar o mesmo uso, conforme o costume. E' uma porção de terra commum aos moradores de certa região, uma forma de logradouro publico ou coisa de uso commum dos habitantes de determinado logar. E' alguma coisa de semelhante ao compascuo, sem a especialização da finalidade. Regulam-se pela legislação municipal.

O compascuo, segundo o Codigo Civil, pode ser estabelecido como servidão e, nesse caso, rege-se-á, pelas normas desta; ou se fundará em outro titulo, contracto,

(9) D. 8, 3, frs. 3, pr. e 4.

(10) LAFAYETTE, *Direito das coisas*, § 130, n. 4; LACERDA, *Direito das coisas*, § 102, nota 24; AGUIAR E SOUZA, *Tratado das servidões*, §§ 248 a 254.

testamento etc., regulando-se então pelo que fôr convencio-
nado ou disposto.

O Código Civil portuguez regula esta figura jurídica nos arts. 2.262 a 2.266. Não captou as sympathias de DIAS FERREIRA (11).

Na França existe a *vaine pature* que consiste no “di-
reito, que têm os habitantes de uma communa, de enviar
os seus animaes a pastar, livremente, nos campos de todo
o mundo, depois da colheita e antes da sementeira, quando
as terras podem ser pisadas sem inconveniente” (12).

Na Italia tambem se encontra, em alguns logares,
esta forma de condominio, resquicio de antigas usanças.

§ 53

DA PROPRIEDADE RESOLUVEL (1)

I. Propriedade resolúvel, ou revogável, é a que, no
proprio titulo de sua constituição encerra o principio, que
a tem de extinguir, realizada a condição resolutoria, ou ad-
vindo o termo, seja por força de declaração, seja por de-
terminação da lei (2).

(11) Código Civil portuguez, V, aos arts. 2.262 a 2.266.

(12) PLANIOL, *Traité*, I, ns. 1.141 e segs.; PLANIOL, RIPERT et Pi-
CARD, *Les biens*, ns. 448-453.

(1) LAFAYETTE, *Direito das coisas*, § 27; VIEIRA FERREIRA, *Emen-
tas e emendas*, p. 71-72 e 132-133; PLANIOL, *Traité*, I, ns. 1.050 a 1.065;
PLANIOL, RIPERT et PICARD, *Les biens*, ns. 231 e segs.; AUBRY et RAU,
Cours, II, § 220 bis; N. STOLFI, *Il possesso e la proprietà*, I, 527-535.

(2) *Código Civil commentado*, III, obs. 1 ao art. 647.

Casos de propriedade resolúvel, em que o principio resolutorio se encontra no proprio titulo de sua constituição:

a) A resolução se opera em favor do alienante ou seu successor: quando a alienação é feita com a clausula de melhor comprador, que vale por condição resolútiva, mas pode ser estabelecida como condição suspensiva (Codigo Civil, art. 1.159); ou quando é feita com a clausula de retrovenda (Codigo Civil, arts. 1.140 e 1.142).

b) A resolução pode operar-se a favor de terceiro, como no caso de fideicomisso (Codigo Civil, arts. 1.773 e 1.740).

Quando o principio resolutorio se encontra no proprio titulo, resolvido o dominio, *entendem-se tambem resolvidos os direitos reaes concedidos na pendencia do termo ou da condição, e o proprietario, em cujo favor se opera a resolução, pode reivindicar a coisa do poder de quem a detenha* (Codigo Civil, art. 647). A resolução restabelece a situação anterior, como se não tivesse havido a interferencia de outra situação jurídica. E' o que exprimem os conhecidos adagios: *resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis, resoluto jure cedentis resolvitur jus concessum*.

Entretanto, admitte-se que o titulo, que encerra o principio resolutorio, modifique essa consequencia; por exemplo, apesar de na retrovenda, volver, normalmente a coisa vendida, livre de qualquer onus creado pelo comprador, pode o alienante declarar que respeitará determinados onus por aquelle instituidos.

II. Pode o dominio tambem resolver-se por causa superveniente, isto é, posterior á transmissão da propriedade; neste caso, *aquelle que tiver adquirido a coisa por titulo anterior á resolução será considerado proprietario perfeito, restando á pessoa, em cujo beneficio houve a reso-*

lução, acção contra aquelle, cujo dominio se resolveu, para haver a propria coisa ou o seu valor (Codigo Civil, artigo 648). Exemplo: o donatario é proprietario perfeito, se nenhuma restricção se contem, no acto, que lhe transmite a coisa doada. Entretanto, se incorre em ingratição, e, por esse motivo, a doação é revogada, a sua propriedade se extingue; mas nem obriga o donatario a restituir os fructos que percebeu antes de contestada a lide, nem prejudica os direitos adquiridos por terceiros (Codigo Civil, art. 1.186). A revogação opera ex nunc e não ex tunc, como no caso em que o principio revogatorio está no proprio titulo translativo da propriedade.

Se a annullação ou a declaração da nullidade do acto juridico translativo da propriedade, tem por fundamento a incapacidade do alienante, a causa resolutoria está no proprio acto e, consequentemente, volvem as coisas ao estado anterior á formação da relação juridica rescindida ou declarada nulla. E' um caso de applicação da regra do art. 158 do Codigo Civil: *annullado o acto, restituir-se-ão as partes ao estado, em que antes d'elle se achavam, e, não sendo possivel restitui-las, serão indemnizadas com o equivalente.*

CAPITULO V

DO DIREITO AUTORAL (1)

§ 54

APONTAMENTOS HISTORICOS

I. Direito autoral é o que tem o autor de obra literaria, scientifica ou artistica, de ligar o seu nome ás produções do seu espirito e de reproduzil-as, ou transmittil-as. Na primeira relação, é manifestação da personalidade do autor; na segunda, é de natureza real, economica.

Foi com a descoberta da imprensa e da gravura que, facilitada a multiplicação dos escriptos e obras d'arte, se tornaram possiveis a exploração industrial das produções do espirito, e o consequente reconhecimento de um novo

(1) *Lições de legislação comparada*, 2.^a ed., lição XVI, *Revista Academica da Faculdade de direito do Recife*, 1892, p. 24-37; *Em defeza*, p. 114-123, 479-494; LACERDA DE ALMEIDA, *Direito das coisas*, § 3.^o; ARTHUR LEMOS, *Parecer*, nos *Trabalhos da Camara*, III, p. 95-104; *Discurso*, *op. cit.*, p. 245-248; M. F. CORREIA, *Discurso*, nos *Trabalhos da Ca-*

direito, que a antiguidade, realmente, desconheceram, embora desse grande valor ás obras d'arte e alto preço custassem copias de obras appetecidas. Mas, então, as obras literarias e artisticas divulgavam-se, escassamente, por circulos limitados de afeiçoados. Com a imprensa mudou-se a situação.

A principio, concederam-se privilegios aos editores e, depois aos autores. Com o correr dos annos e o progresso humano, o direito dos autores começou a ser affirmado de modo mais directo.

Na Inglaterra, no começo do seculo XVI, apparecem privilegios concedidos a escriptores. A REGINALD WOLF foi concedido privilegio para todas as obras que *propria sua industria, diligentia atque labore acquisivit*. Em 1530, JEAN PALSgrave, natural de Londres e graduado

mará, V, p. 222-227; TOBIAS BARRETO, *Estudos allemães*, ed. Recife, p. 251 e segs.; MEDEIROS E ALBUQUERQUE, no *Paiz*, de 26 de Maio de 1901: *Propriedade literaria*; ARMANDO VIDAL, *Direitos de autor*, na *Revista de direito*, XXVII, p. 467-488; SAMUEL MARTINS, *Direito autoral*, Recife, 1906; POUILLET, *Traité theorique et pratique de la propriété littéraire et artistique*; DELALANDE, *Études sur la propriété littéraire et artistique*; LYON CAEN et PAUL DELALAIN, *Lois françaises et étrangères sur la propriété littéraire et artistique*; TEIXEIRA MENDES, *Nota sobre a propriedade literaria*; KOHLER, *Rechtsphilosophie*, p. 82-83; *Encyclopedie*, I, p. 37-48; DERNBURG, *Das burg. Recht*, VI, zu Ende gefuert von J. KOHLER; SPENCER, *Justice*, trad. Castelot, p. 121-137; VON IHERING, *Actio injuriarum*, trad. Meulenaere, p. 145 a 170; AMAR, *Sul concetto de opere del ingegno* nos *Scritti Giuridici dedicati a GIAMPIETRO CHIRONI*, I, p. 15-20; ERWIN RIEZLER, *Zur gesetslichen Neugestaltung des sweizerischen ital., pol. und tschechoslaven Urheberrechts* (1928); ALEXANDER EISLER, *Die sachlichen Grenzen des Urheberrechts* (1928); TELLES NETTO, *A criação literaria em face do direito civil*; o mesmo, *O contrato de cdição*; *A proteção do operario intellectual*; CARLOS XAVIER, *Direitos autoraes*, nos *Annaes do 2.º Congresso das Academias de Letras*, II, p. 212; LEMOS BRITO, *Anaes citados*, p. 215 e os *Pareceres* respectivos; PHILADELPHO AZEVEDO, *Direito moral do escriptor*; HENRI DUBOIS, *L'évolution des droits de l'auteur en matière de reproduction et d'exécution publique* (na *Revue trim. de droit civil*, 1939, n. 1, p. 1.^a); PLANIOL, RIPERT et PICARD, *Droit civil français*, III, *Les biens*, ns. 573 e seguintes.

em Paris, obteve privilegio de venda, por sete annos, para uma grammatica franceza de sua autoria. Surgiu, em seguida a *Stationer's Company*, que instituiu o registro obrigatorio dos livros publicados, incorrendo em multa os autores, que não se conformassem com essa prescripção (2).

Na Allemanha, cita-se como um dos mais antigos documentos da historia do direito autoral, a ordenança de Nuremberg (1623), que reprimiu a contrafacção, independentemente de gozar o autor de privilegio, á qual se seguiu uma decisão do Senado de Frankfort no mesmo sentido (1.660).

Na França, desde o seculo XVI, concederam-se privilegios e autorizações aos autores de obras literarias. Embora revogaveis esses privilegios e autorizações offerciam garantias aos homens de letras, porque, sem permissão official, não podiam ser publicados nem editados quaesquer escriptos. Em 1.761, declarou o rei que pertenciam ás netas de LAFONTAINE as obras do insigne fabulista, *por direito de herança*. Parece ter sido esse o primeiro reconhecimento legal do direito de autor. Em 1793, foi publicada a lei de 18 de Julho, que tem por epigraphe: *Lei relativa aos direitos de propriedade dos autores de escriptos de todo o genero, compositores de musica, pintores e desenhistas*.

II. Com o Codigo da Prussia e a mencionada lei franceza de 18 de Julho de 1793, o direito dos autores tomou forma, sem duvida, mais segura, que foi o ponto de partida para o seu desenvolvimento, nas legislações dos varios povos.

No Brasil, a lei de 11 de Agosto de 1827, creadora dos Cursos Juridicos em S. Paulo e Olinda, estabeleceu o pri-

(2) LYON-CAEN et PAUL DELALAIN — *Lois françaises et étrangères sur la propriété littéraire et artistique*, I, p. 256 e 257.

vilegio exclusivo, por dez annos, dos compendios preparados pelos professores, quando approvados pelas respectivas Congregações e pela Assembléa Geral (art. 7). O Código Criminal (lei de 16 de Dezembro de 1830), artigo 261, consagrou o principio geral do direito exclusivo do *cidadão brasileiro* "para imprimir, gravar, lithographar, ou introduzir quaesquer escriptos ou estampas, que tiverem sido feitos, compostos ou traduzidos" por elles. "emquanto viverem e dez annos depois de sua morte, se deixarem herdeiros. A Constituição republicana de 1891, art. 72, § 26, assegurou aos-autores de obras literarias o direito exclusivo de reproduzil-as pela imprensa, ou por qualquer outro processo mecanico; e accrescentou que os herdeiros do autor gozariam desse direito pelo tempo, que a lei determinasse. Em 1898, foi publicada a lei n. 496, de 1.º de Agosto, que aproveitou o projecto de MEDEIROS E ALBUQUERQUE. Por esta lei, o direito autoral é um privilegio, assegurado por cincoenta annos, contados do primeiro de Janeiro do anno da publicação. Essa duração não se compadecia com o preceito constitucional, que assegurava a passagem do direito, em sua parte economica, aos herdeiros do autor.

Seguiu-se o Código Civil, que tratou dessa materia nos arts. 649-673, sob a denominação de *Propriedade litteraria, scientifica e artistica*, da qual goza o autor durante a vida e os herdeiros por mais sessenta annos depois da morte do mesmo. O Projecto primitivo propuzera a denominação de *direito autoral* e a perpetuidade do direito (artigos 757 e 767), idéas que a Commissão do Governo acceitara.

Depois do Código Civil, appareceram alguns actos referentes ao direito autoral como sejam a lei n. 4.790 de 2 de Janeiro de 1924 e a n. 5.492, de 16 de Julho de 1928.

III. O Brasil, além disso, assignou diversas Convenções internacionaes, entre as quaes avulta a de Berne, celebrada em 9 de Setembro de 1886, revista pelo acto adicional de Paris, de 4 de Maio de 1896; depois tambem revista em Berlim, em 13 de Novembro de 1908 e, finalmente, em Roma, em 1928. Esta ultima revisão foi, entre nós, approvada pelo decreto n. 23.270, de 1933, que revogou o anterior, de 22 de Novembro de 1932.

As Conferencias pan-americanas sempre se interessaram pelo direito dos autores. Na que se reuniu em Buenos-Aires (quarta), foi assignada uma Convenção, que, percorrido o transito normal, o Governo do Brasil publicou pelo decreto n. 11.588, de 19 de Maio de 1915.

Com Portugal, temos a Convenção de 9 de Setembro de 1922, promulgada pelo decreto n. 16.152, de 9 de Abril 1924.

Com a França, temos a Convenção relativa a obras literarias, scientificas ou artisticas, celebrada em 15 de Dezembro de 1913, e promulgada pelo decreto n. 12.662, de 29 de Setembro de 1917.

§ 55

CONCEITO DO DIREITO AUTORAL

I. A taxinomia do direito autoral ainda fornece assumpto ás controversias de juristas, sociologos e homens de letras. E a principal razão de tamanha desharmonia, na classificação dessa especie juridica, é que ainda não se verificou a convergencia das opiniões quanto á sua natureza e ao seu conceito.

Pensam uns que se trata de direito individual, não desprendido da personalidade, porque, no dizer de BLUNT-

SCHLI, "a obra é expressão directa do espirito pessoal do autor". Adoptaram o mesmo ponto de vista LANGE, DAHN e TOBIAS BARRETO.

Entendem outros que o direito dos autores é mero privilegio, temporariamente concedido, para augmento e progresso das letras, das sciencias e das artes, o qual se defende, considerando-se acto illicito a sua lesão. GERBER, na Allemanha, e, entre nós, MEDEIROS E ALBUQUERQUE, a quem se deve a lei n. 496, de 1 de Agosto de 1898, e COELHO RODRIGUES, no seu *Projecto de Codigo Civil*, arts. 99 a 101, explicados na *Exposição de motivos*, sustentaram essa opinião. Alguns denominam esta relação juridica *monopolio de exploração*.

Outrora, como ficou dito acima, eram simples privilegios que protegiam editores e autores; mas, actualmente, não podemos mais ver, nesta especie, mero privilegio e sim um direito merecedor de garantias adequadas, assegurando aos autores o producto do seu esforço, e reconhecendo que o trabalho intellectual contribue, mais que qualquer outro, para o incremento da cultura e estimula as mais nobres expansões da alma humana.

Vêm outros, ainda, no direito autoral, um aspecto particular da propriedade commum. E' a *propriedade artistica e literaria*.

Ha, neste modo de ver, ponderei nas *Observações para esclarecimento do Projecto de Codigo Civil brasileiro*, "o inconveniente de deixar na sombra o lado intimo da relação juridica, na qual a analyse aponta face dupla; a economica e real, flanqueada pela intellectual. Além disso, faz suppor que o objecto do direito autoral é alguma coisa de tangivel; como o da propriedade material, quando é certo, como fazia notar a *Secção Central* da Camara dos deputados do Luxemburgo, a proposito de um projecto de lei sobre este assumpto: — "se o escriptor e o artista têm direito sobre a sua obra, é por ser ella producto do

seu trabalho e manifestação exterior de sua personalidade" —.

Accrescentei: Por ocasião de ser discutida a lei belga sobre o direito de autor, agitou-se a questão dos *direitos intellectuales*, que EDMOND PICARD desenvolveu em um curioso estudo sob o titulo de *Embriologia juridica*. BORCHGRAEVE, refutando a idéa de ser o direito autoral privilegio concedido pela lei positiva, procurou tambem mostrar que não é direito real, mas uma especie, que deve ser incluída em classe nova, a classe dos *direitos intellectuales*, a qual, segundo PICARD, se destina a conter os privilegios dos inventores e o direito autoral, devendo formar um quarto termo da divisão classica dos direitos pessoaes, reaes e obrigacionaes.

E, depois de alludir á doutrina de JHERING, para quem o direito de autor é forma da *propriedade intellectual*, de par com a patente do inventor, a propriedade intellectual das cartas, a das photographias privadas, a das amostras, dos modelos, da firma commercial e dos braços, expuz o ponto de vista do Projecto: — “Abstendo-se de dar á criação juridica a denominação de propriedade, claramente deixa ver que a distingue do dominio; collocando-a entre os direitos reaes, quiz indicar que, por algum modo, havia similaridade entre essas manifestações juridicas e o direito autoral. E’ um direito *sui generis*, que, ou entraria na Parte Geral, ou havia de ser intercalado no livro dedicado ao *direito das coisas*; que aqui são tomados numa accepção mais estensa do que se dissesse: — *coisas corporeas* (1)”.

Continuo a manter esse mesmo ponto de vista. Vejo no direito autoral uma parte pessoal, intima, inalienavel e

(1) *Observações para esclarecimento do Projecto de Código Civil Brasileiro*, na edição official de 1900; p. LXXVIII; *Em defeza*, Rio de Janeiro, 1906, p. 118-119.

perpetua, que, ultimamente, se tem denominado *direito moral do autor*, e outra parte economica ou patrimonial, que constitue a *propriedade immaterial*.

A expressão *direito moral do autor*, que se tornou corrente e PHILADELPHO AZEVEDO escolheu para titulo de excelente monographia, em que aprecia todas as doutrinas, que o assumpto ha suggerido, não exprime, com rigor, o phenomeno juridico, para cuja designação foi inventada; mas vae prevalecendo. PHILADELPHO AZEVEDO lhe accentua o caracter, distinguindo-o da parte economica: "Para nós, diz elle, diverso do pecuniario é o direito moral, pela sua perennidade, pela inaccessibilidade, por iniciar-se antes da publicação e pela sua raiz directa, na personalidade, pelo que se explica a assimilação dos casos de retrato e da falsa attribuição a terceiro de obra que não fez, sancionados sempre de modo analogo. Apenas, pela frequencia dos casos de protecção ligados á criação da obra, litteraria ou artistica, são os dois direitos unidos pela doutrina e pela lei. Mas differem fundamentalmente, havendo entre elles simples contiguidade e não continuidade, o que faz lembrar a debatida questão de physiologia sobre a ligação dos neuronios, elementos do systema nervoso" (2).

Ao lado patrimonial ou economico do direito dos autores, adapta-se a denominação de propriedade immaterial, porque não recae sobre objecto corporeo. Como disse KOHLER, o objecto da propriedade immaterial é uma ideação de natureza esthetica ou technica, que se distingue do objecto, que a corporiza. Quem compra um livro ao livreiro, adquire a propriedade, direito real, de um objecto corporeo, mas não o seu conteudo espiritual, embora nelle colha idéas e noções de que se utilize, para sua instrucção

(2) *Direito moral do escriptor*, p. 51-52.

ou gozo intellectual. O pintor que vende o seu quadro não aliena a sua concepção e sim a materia, em que a objectivou. O adquirente da tela dar-lhe-á, porem, o destino, a que ella se presta.

Desses exemplos e de outros semelhantes, se infere uma particularidade do direito autoral, resultante da duplicidade de relações, que elle conjuga, a pessoal e a economica. A idéa e a forma, que a traduz, são immanencias da personalidade do autor, que, externadas, podem ser utilizadas por terceiros, dentro de certos limites e por modo, que não lhes tire o character pessoal. Se a utilização direito, na sua parte puramente pessoal nem na sua feição é lucrativa, depende de autorização do autor; se é fraudulenta como no caso de plágio, ou contrafacção, constitue acto illicito ou punivel; se exclusivamente privada ou, sendo publica, não visando lucro, não pode, razoavelmente, ser impedida pelo autor.

III. O direito exclusivo do autor, de reproduzir a sua obra, tem soffrido objecções, ultimamente, no sentido de limital-o, para melhor se attender ao interesse da collectividade, pretendem; parece, porem, que se reduzem a um conflicto de interesses dos productores intellectuaes, autores e artistas, e daquelles que, por varios modos, lhes exploram as creações. Reproduz-se o velho argumento de que o autor recebe do povo os elementos da sua producção; que não se deve separar o artista creador, do meio social, onde vive; que o direito do autor, em sua verdadeira natureza, não é individualista, está vinculado á sociedade (3). Então, encarecem, é necessario conciliar os in-

(3) HENRY DESBOIS, *L'évolution des droits de l'auteur*, na *Revue trimestrielle de droit civil*, 1939, n. 1, referindo opiniões de J. KOPFCH, BOOR, RICHTER, ELSTER e outros.

teresses dos autores, dos concessionarios do direito autoral e do publico. Taes interesses têm merecido a attenção da doutrina e das legislações. E não autorizam restricções ao direito, na sua parte puramente pessoal nem na sua feição economica, segundo alguns pretendem. A evolução prosegue, não recua.

IV. O Codigo Civil brasileiro, art. 649, assegura ao creador de obra literaria, scientifica ou artistica o direito exclusivo de reproduzil-a (3-a). E no art. 673, criou o registro para segurança do direito do proprietario da obra divulgada por typographia, lithographia, gravura, moldagem, ou qualquer outro systema de reproducção.

Está hoje, regulado esse registro, sob a denominação de *Registro da propriedade literaria scientifica e artistica*, pelos arts. 297 a 311, do decreto n. 4.857, de 9 de Novembro de 1939.

As obras literarias e scientificas, cartas geographicas e quaesquer outros escriptos serão registrados na Bibliotheca Nacional; as composições musicaes, no Instituto Nacional de Musica; e as obras de caracter artistico, inclu-

(3-a) A Convenção de Berne, para a protecção das obras literarias e artisticas, de 9 de Setembro de 1886, revista em Berlim em 13 de Novembro de 1908 e em Roma em 27 de Junho de 1928, declara no seu artigo 2.º:

-- A designação "obras literarias e artisticas" comprehende toda a produção no dominio literario, scientifico ou artistico, qualquer que seja o modo ou a forma de expressão, taes como: livros, brochuras e outros escriptos; conferencias, allocuções, sermões e outras obras da mesma natureza; obras dramaticas ou dramatico-musicaes; obras coreographicas e pantomimas, cuja representação seja annunciada por escripto ou de outro modo; as composições musicaes, com ou sem letra; os trabalhos de dezenho, pintura, architectura, escultura, gravura e lithographia; as illustrações e cartas geographicas; as plantas, esboços e trabalhos plasticos, relativos á geographia, topographia, architectura e sciencias.

sive photographias e filmes cinematographicos, na Escola Nacional de Bellas Artes (art. 209). Sendo a producção de character mixto, será registrada no estabelecimento, que fôr mais compativel com a natureza predominante na mesma producção, podendo o interessado registral-a em todos os estabelecimentos, com os quaes tiver relações (art. 298).

O autor ou o proprietario da obra requererá, por si ou por mandatario ao director, do estabelecimento, a que competir o registro, que o mande effectuar. Esta petição deverá ser acompanhada por dois exemplares da obra a registrar (art. 300).

V. Discutiui-se, em tempo, se o registro era attributivo do direito do proprietario da obra, ou somente, um meio de facilitar a sua conservação e a sua defeza. A letra do Codigo não dava apoio á opinião indicada em primeiro logar, ainda que a tivesse esposado SOLIDONIO LEITE, quando Consultor Geral da Republica. O Codigo diz: *para segurança do seu direito, o proprietario da obra divulgada . . . depositará com destino ao registro dois exemplares*. Não usa da formula, que a Commissão revisora recebera do Codigo Civil portuguez: *para gozar do beneficio concedido neste capitulo, o autor ou proprietario de qualquer obra . . . deve depositar dois exemplares etc.* (art. 769) (4).

Hoje a doutrina está firmada no sentido de que o registro é apenas meio de prova e defeza, não condição necessaria ao exercicio do direito do autor ou proprietario da obra literaria ou artistica. Assim ficou estatuido na Convenção de Berne, revista em Roma, em 1928, arts. 4, ns. 2 e 15.

(4) V. o *Codigo Civil commentado*, III, obs. ao art. 673.

§ 56

DURAÇÃO DO DIREITO AUTORAL, QUANTO À OBRA PUBLICADA

I. Segundo o Código Civil brasileiro, o direito exclusivo de reproduzir a obra literaria, scientifica ou artistica é assegurado ao autor durante a sua vida e passa, aos seus herdeiros e cessionarios, por sessenta annos, a contar do dia do seu fallecimento (art. 649) (1).

Ha uma grande desharmonia nas legislações, relativamente a esta materia. A Convenção de Berne para a protecção das obras literarias e artisticas, revista em Roma, a 2 de Junho de 1928 e promulgada no Brasil pelo decreto n. 23.270, de 24 de Outubro de 1933, art. 7, estabelece o prazo de cincoenta annos após a morte do autor; mas acrescenta que esse prazo será regulado (não tendo sido adoptado por todos os paizes signatarios ou adherentes da Convenção) pela lei do paiz, onde a protecção fôr reclamada, não podendo exceder a duração fixada no paiz de origem da obra.

Grande numero de legislações consignam o prazo de cincoenta annos: Belgica, França, Finlandia, Canadá, Italia, Noruega, Hollanda, Mexico, Inglaterra, Bolivia e Equador. Outros consagram duração maior, de oitenta annos: na Hespanha e na Colombia. E alguns admittem a perpetuidade: Guatemala, Nicaragua, Venezuela, Por-

(1) Quando a obra pertence, em commum, a collaboradores, a duração do direito autoral se conta da morte do ultimo collaborador sobrevivente, como determina o art. 7 *bis* da Convenção de Berne revista em Roma, o que é, perfeitamente, logico e justo.

tugal (2). Menor duração do direito de exclusividade, reconhecido aos herdeiros, consignam: Allemanha, Japão e Suecia (30 annos), Uruguay (25); Perú (20), Argentina (10).

II. Justificando a perpetuidade do direito autoral em sua feição real, escrevi nos *Esclarecimentos do Projecto do Codigo Civil*: A perpetuidade, dizem, aproveita aos livreiros dinheirosos e não aos autores. E' ladear a questão, em vez de ataca-la de frente. Alem disso, a pratica commercial, nos centros onde a industria do livro é mais remuneradora, inclina-se a generalizar o systema de pagamento, por adeantamentos de certa parte nos lucros, em substituição ao pagamento em preço fixo.

Allegar que o direito autoral se dividiria, infinitamente, entre os herdeiros ou successores do autor, impossibilitando as relações juridicas, é phantasiar situação, que não se poderá encontrar na vida real, pois ha um termo para a divisão alludida, e é ferir, do mesmo golpe, todo e qualquer direito perpetuo. Não se comprehende bem porque uma legua de terra possa ter, nas partilhas successivas, sorte diversa da que o destino reserva a um livro. No emtanto ainda não foi verificada a hypothese de uma divisão infinitesimal de lotes de terrenos, entre herdeiros innumeraveis. E', portanto, povoar a imaginação de vãos receios suppor que, num futuro mais ou menos proximo, essa ha de ser a situação para os direitos do autor.

Argumentar com o concurso, que o autor recebeu da humanidade, para o preparo de sua obra, cujas idéas são

(2) Lei de 27 de Maio de 1927. O Codigo Civil portuguez adoptara o lapso de cincoenta annos. Marcha inversa seguiu o direito mexicano. Em 1884 proclamava a perpetuidade do direito dos autores; adoptou, depois, o prazo de cincoenta annos para as obras scientificas, e de trinta para as literarias.

aplicações ou desenvolvimento das idéas, que formam o patrimonio commum da humanidade, é enveredar por caminho equivoco, ao extremo do qual está o communismo, a abolição da propriedade. Pois se concebe que o proprietario de um objecto material prescindia do concurso dos outros homens? Seria preciso que elle não vivesse em sociedade; que pudesse dispensar a acção tutelar da justiça social; que a divisão do trabalho, dia a dia, mais aperfeiçoada pela industria, não concentrasse, no mais insignificante utensilio, o esforço teleologicamente combinado de centenaes de individuos; que a sociedade humana deixasse de ser, justamente, essa organização da vida em commum, na qual os homens se transformam, uns para com os outros, em instrumentos e meios para a consecução dos proprios fins, na qual a cooperação dos individuos, por ser, muitas vezes, ignorada, não é menos real.

A este respeito, escreveu HERBERT SPENCER as seguintes considerações, que collocam a questão nos seus verdadeiros termos e a resolvem de accordo com os moldes superiores da justiça ideal: "Nenhuma razão recommenda, para este genero de propriedade, um regimen legal de uso e transmissão hereditaria differente do que se applica a qualquer outro. A lingua, a sciencia e os outros productos da civilização anterior, de que se serviu o autor, pertencem, como se tem dito, ao conjuncto da sociedade; mas são accessiveis a todos esses productos intellectuaes da civilização; utilizando-os, o escriptor ou o artista não diminuiu a possibilidade de outros utilizarem-nos. Sem subtrair coisa alguma á riqueza commum, elle apenas combinou algumas partes della com os seus pensamentos, seus principios, seus sentimentos, seu talento technico, coisas essas que são, exclusivamente, suas, que lhe pertencem, mais verdadeiramente, do que os objectos visiveis e tangiveis, encerrando a materia prima, tirada ao uso potencial dos outros homens, pertencem aos seus proprietarios.

Um producto do trabalho mental é, mais plenamente, uma propriedade do que o producto do trabalho corporeo, porque o trabalhador foi o unico factor da sua riqueza. Porque então, neste caso, a duração da posse haveria de ser menor do que nos outros?" (3).

Não é somente o philosopho preocupado com a regularidade das linhas da sua construcção, com um ideal superior á turbida realidade, onde alentam, offegantes, os homens vulgares, que pensa por esse modo. Tambem o jurista, habituado ao meneio das leis e ao conhecimento dos interesses, que ellas procuram dirigir, não comprehende, claramente, por que repugne ao direito autoral o predicado da perpetuidade. Assim reflexiona WALKER (4): "Parece que, segundo os principios da justiça natural, os productos do trabalho intellectual deviam ser objecto de propriedade perpetua, da mesma forma que os de outro trabalho, e esta era a antiga doutrina do direito inglez em relação ao direito de autor" (5).

III. Morrendo o autor sem herdeiros ou cessionarios, ou tendo decorrido o prazo de sessenta annos após a morte do autor (6), a obra cae no dominio commum. As obras publicadas pelo Governo Federal, Estadual ou Municipal, não sendo actos publicos e documentos officiaes que não constituem objecto de direito autoral, cáem no dominio commum quinze annos depois da publicação (7).

Por movimento contrario ao que pretende restringir o direito dos productores intellectuaes, para absorvel-o no

(3) *La justice*. p. 128, trad. Castelot, Paris, 1893.

(4) *American law*, Boston, 1895, p. 166.

(5) *Projecto de Codigo Civil*, edição official, p. LXXX a LXXXII; *Em defeza*, 1906, p. 120-123.

(6) *Codigo Civil*, art. 649, § 2.º.

(7) *Codigo Civil*, art. 662.

da sociedade, onde se acham, se desenvolvem e da qual recebem as necessárias seguranças para a vida, levantou-se a idéa do dominio publico remunerada, entre nós, intelligentemente, advogada por TELLES NETTO (8).

§ 57

QUEM EXERCE O DIREITO AUTORAL

I. O direito autoral é exercido pelo autor; depois por seus herdeiros ou cessionarios até sessenta annos após a morte do autor (Codigo Civil, art. 649). Não havendo herdeiros nem cessionarios, cae a obra no dominio commum (art. cit., § 2.º).

II. O editor de obra, em que collaboram diversas pessoas, como jornal, revista, dictionario, encyclopedia, almanaque e outras collectaneas, goza, para os effeitos economicos, do direito de reproducção e exploração, sem prejuizo do direito de cada autor sobre a sua producção, para reproduzíl-a em separado. Ao editor, neste caso, compete o elemento economico sobre a obra em conjuncto; a cada

(8) No *Esboço de Projecto sobre direitos autoraes*, TELLES NETTO estabelece uma taxa para a exploração da obra após o periodo posthumo, que será arrecadada por uma *Caixa de literatura nacional*, a ser creada, a qual terá tambem funcções fiscalizadora e de applicação das rendas (*Aspectos do contracto de edição*, 1940, p. 48-52). Do mesmo assumpto se occupara TELLES NETTO, no livro *A criação literaria em face do direito civil brasileiro*, p. 119 e no trabalho *A protecção do operario intelectual*, p. 21-25.

autor o elemento pessoal e o económico sobre a sua produção.

III. Exerce também os direitos de autor, para os efeitos económicos, o editor de obra anonyma ou pseudonyma; mas, se o autor se der a conhecer, assumirá o exercício dos seus direitos, sem prejuízo dos adquiridos pelo editor (Codigo Civil, art. 651). A Constituição de 1891 prohibia o anonymato, como também o faz a vigente, art. 122, n. 15, letra c do segundo membro, visando, particularmente, a imprensa periodica, jornal ou revista. A censura previa, hoje instituição constitucional (dispositivo citado), abrangendo a imprensa, o theatro, o cinematographo, a radiodifusão pode impedir a circulação, a difusão ou a representação da obra anonyma.

O pseudonymo, em regra, não esconde a personalidade do autor; em artigos de imprensa, todavia, vale por anonymato, se não é notorio o nome do autor.

IV. As traducções, adaptações, arranjos musicaes e outras reproducções transformadas de uma obra literaria ou artistica, assim como as collectaneas de trabalhos diferentes, são protegidas como obras originaes, sem prejuízo dos direitos do autor da obra original (1). Consequentemente, compete a este, ou a seu herdeiro ou cessionario, autorizar essas reproducções, sem o que constituiriam ellas offensa ao direito do creador da obra original. E nesse sentido é o pensamento do nosso Codigo Civil, arts. 652 e 658.

V. Se a obra feita em collaboração é indivisivel, os collaboradores, não havendo convenção em contrario, têm

(1) Convenção de Berne, revista em Roma, art. 2.

direitos eguaes, e sempre exercerão o seu direito autoral em conjuncto, ou algum delles autorizado pelos outros. Pode, entretanto, qualquer dos condôminos no direito autoral reproduzir o trabalho commum na collecção de suas obras completas. Fallecendo um dos collaboradores, sem herdeiro ou successor particular, o seu direito accresce aos sobreviventes (Codigo Civil, art. 653).

No caso agora considerado de obra feita em collaboração, que se não possa dividir, as decisões serão tomadas por maioria, e, na falta desta, pelo juiz, a requerimento de qualquer delles. Todavia o collaborador dissidente poderá, não obstante a decisão contraria ao seu modo de ver, eximir-se da contribuição para as despesas de reprodução, renunciando a sua parte nos lucros, bem como lhe é dado vedar que o seu nome se inscreva na obra. São normas estabelecidas pelo art. 654 do Codigo Civil, que, no parographo segundo do mesmo artigo, assegura a qualquer dos collaboradores, individualmente, sem acquiescencia dos outros, defender os proprios direitos contra terceiros.

Na collaboração do musico e do poeta, a parte de cada um é separavel. Pode o autor da composição musical executar-a, publicar-a ou transmittil-a, independente do autor do trecho poetico, indemnizando, porem, a este o seu trabalho. O autor do texto conserva o direito de reprodução do que escreveu (Codigo Civil, art. 655).

VI. Considera-se autor, além dos que acima ficam indicados, aquelle que reproduz, devidamente autorizado, obra de arte, empregando processo differente, assim como o que a reproduz pelo mesmo processo, desde que, na sua composição, haja novidade. Serão autores em relação á copia que effectuaram (Codigo Civil, art. 656).

Nas obras figurativas são communs essas imitações licitas, quando autorizadas. Um quadro a oleo pode ser reproduzido pela gravura (processo differente) ou pela mesma pintura (processo identico). Havendo novidade na copia mediante o mesmo processo, se fôr autorizada, a lei a protege.

Uma obra literaria, um romance, por exemplo, pode, com assentimento do autor, ser adaptado para o theatro, transformado em poema, ou transfigurado em parodia.

A obra cinematographica é protegida como original, sem prejuizo dos direitos do autor da reproduzida ou adaptada (2).

VII. Pertencem á União, aos Estados e aos Municipios: I. os manuscritos dos seus archivros, bibliothecas e Repartições; II. As obras encommendadas pelos respectivos Governos e publicadas á custa dos cofres publicos. Não se comprehendem no patrimonio dessas entidades as obras por ellas simplesmente subvencionadas, as quaes pertencem, pessoal e economicamente, aos seus autores (Codigo Civil, art. 661).

Além do direito da União e dos Estados sobre os manuscritos e publicações acima declarados, cabe-lhes tambem o de desapropriação, por utilidade publica, mediante indemnização previa (Codigo Civil, art. 662). Aos Municipios não compete esta faculdade de desapropriação. E a União e os Estados somente o podem exercer a respeito de obra já publicada, cujo autor não a queira reeditar, não

(2) Convenção de Genebra, revista em Roma, art. 14, n. 3.

obstante a sua reconhecida importancia, do ponto de vista do interesse social.

VIII. Ninguém pode reproduzir obra que ainda não tenha cahido no dominio commum, a pretexto de annotal-a, commental-a ou melhoral-a, sem permissão do autor ou seu representante; dada, porem, a permissão, as annotações e commentarios publicados fazem corpo com a obra originaria, constituindo, então, trabalho commum, pertencente aos dois autores. E' licito, porem, publicar em separado as annotações, ou os commentarios, formando obra independente, que pertencerá ao commentador ou annotador (Codigo Civil, art. 663).

Da mesma forma, aquella que, devidamente, autorizado, reduzir a obra de outrem a compendio ou resumo, goza de direito autoral sobre a condensação que realiza, sem prejuizo dos direitos do autor da obra original (Codigo Civil, art. 664); posto que não haja novidade em seu trabalho, que tem por fim facilitar a diffusão das idéas ou noções, pondo-as mais ao alcance de todos.

§ 58

TRANSFERENCIA DA PARTE ECONOMICA DO DIREITO AUTRAL

I. O autor de obra literaria ou artistica pode, por acto entre vivos transferir o direito de a explorar. O contracto de edição é a forma commum da transferencia do direito de explorar, economicamente, as producções literarias, scientificas ou artisticas.

Pode, ainda, o autor, em vez de contractar com o editor a reproducção e a divulgação de certo numero de exem-

plares de sua criação intellectual, ceder-lhe, integralmente, esse direito de exploração (1).

Pela morte do autor, transmite-se aos seus herdeiros, a parte economica do seu direito. O elemento pessoal é inalienavel. Por isso mesmo, a transmissão do direito do autor a herdeiro ou cessionario, não envolve o de modificar ou melhorar a obra, que, não obstante, permanece como faculdade exclusiva do autor (Codigo Civil, artigo 659).

II. O Codigo Civil, art. 667 declarava susceptivel de cessão o direito, que assiste ao autor, de ligar o nome aos productos da sua intelligencia; mas esse dispositivo está hoje revogado pelo art. 6 da Convenção de Berne para a protecção das obras literarias e artisticas, revista em Roma, em 1928, art. 6 bis, que está assim redigido: — *Independientemente dos direitos patrimoniaes de autor e mesmo depois da cessão delles, o autor conserva o direito de reivindicar a paternidade da obra, assim como o de se oppor a toda mutilação, deformação, ou qualquer modificação della, que possa offender-lhe a honorabilidade ou prejudicar-lhe a reputação.*

§.

III. Não se comprehende, pois, como o art. 667, principio, do Codigo Civil declarasse susceptivel de cessão o direito, que assiste ao autor, de ligar o nome a todos os seus productos intellectuaes.

Esse dispositivo, resultou de emenda ao Projecto de Codigo Civil, na Commissão da Camara dos Deputados, fundada na autoridade de POUILLET. Foi autor da emenda

(1) A cessão de artigos de jornaes, salvo convenção em contrario, entende-se feita, apenas, por quinze dias (Codigo Civil, art. 659, paragraho unico).

o deputado ARTHUR LEMOS, que, justificando-a, observou que “ha, por toda parte, obscuros operarios das letras, trabalhando sem exito e se importando menos com a gloria do que com o dinheiro. Estes alugam a sua industria e não podem reclamar, sobre a obra por elles concebida e escripta, sob encomenda e por conta de terceiro, direito algum de propriedade” (1). Foram, fortemente, criticados o dispositivo e as razões invocadas em seu apoio (2), que, em verdade, bem o mereciam.

Ha, na historia literaria, mais de um caso, em que essas alienações se deram; mas o direito não as sanciona, por serem simulações para iludir o publico. Ceder a exploração da obra, alienar o elemento economico, os proventos, que ella produza é licito e de uso frequente, até porque a divisão das funcções sociaes determina essa maneira de ser das coisas. Mas a parte intima e pessoal do direito autoral essa não pode ser alienada, porque é irradiação da personalidade do autor, que vincula, indissoluvel e perpetuamente, a obra a quem a produziu. Além disso, é, manifestamente, immoral essa mystificação do publico, ao qual se impinge como criação de alguém a de outrem. Ha ahi indicação falsa, que induz em erro o adquirente da producção literaria ou artistica. E não é só. A personalidade é o ser espiritual humano, que a analyse psychologica decompõe em attributos ou emanações inseparaveis do complexo. A personalidade é conceitualmente inalienavel, e como os seus attributos são simples projecções della, tambem elles são absolutamente inalienaveis.

(1) *Trabalhos da Camara*, III, p. 103.

(2) PHILADELPHO AZEVEDO, *Direito moral do escriptor*, p. 155 e segs.; V. SÁ PEREIRA, *Manual do Codicão Civil*, VIII, ao citado artigo; TELLES NETO, *Contracto de edição*, p. 112 e segs..

E' preciso ter em vista que no direito do autor ha uma parte intima e pessoal, que não se pode alienar, e outra patrimonial que, essa sim, é susceptivel de cessão.

§ 59

DOS ACTOS QUE NAO SE CONSIDERAM OFFENSIVOS DO DIREITO AUTORAL

I. As composições theatraes ou musicaes, quanto á publicação, regem-se pelas normas que regulam o direito de reproducção dos demais productos da intelligencia. Não se publicam sem consentimento dos autores. Depois de publicadas, quem as adquire pode utilizal-as para os fins individuaes, a que se prestam; não lhe é dado porem, represental-as ou executal-as *em theatros ou espectaculos publicos, para os quaes se pague entrada, sem autorização, para cada vez, do autor, seu representante ou cessionario.* Em resumo, quem adquire uma composição theatral ou de musica, exposta á venda, faz della uso, gozo e disposição, menos para represental-a ou executal-a com intuito de lucro em reuniões publicas, entendendo-se realizadas com intuito de lucro as audições musicaes e representações artisticas, em que os representantes ou executantes sejam retribuidos pelo trabalho. O mesmo se dirá das diffusões radio-telephonicas (1).

(1) Código Civil, art. 657; lei n. 4.790, de 2 de Janeiro de 1924. art. 2; lei n. 5.492, de 10 de Julho de 1928, art. 26. O paragrapho unico deste ultimo dispositivo define assim as audições musicaes, re-

Não tem necessidade o autor de fazer expressa declaração, proibindo a representação ou execução publica da sua obra. O direito autoral, que a lei reconhece, deve ser respeitado por todos, independentemente de qualquer declaração do seu titular.

II. E' licito: a) reproduzir passagens ou trechos de obras já publicadas, assim como inserir, ainda integralmente, pequenas composições alheias no corpo de obra maior, de caracter scientifico, assim como em compilação literaria, didactica ou religiosa. Deverá, porém, ser indicada a fonte de onde se tomaram esses excerptos, e os nomes dos autores (Codigo Civil, art. 666, I).

b) Reproduzir, em diarios ou periodicos, quaesquer noticias, artigos ou commentarios publicados em outros jornaes ou periodicos, desde que sejam meras informações da imprensa, sem caracter literario, indicando-se a fonte (Codigo Civil, art. cit., II; Convenção revista em Roma, art. 9, § 3.º).

c) Reproduzir, em diarios ou periodicos, discursos pronunciados em reuniões publicas de qualquer natureza (Codigo Civil, art. cit., n. III).

d) Reproduzir na imprensa, com indicação da fonte, artigos de actualidade, contendo discussão economica, politica ou religiosa, desde que não seja, expressamente prohibida a transcrição (Convenção citada, art. 9, § 2).

presentações artisticas e diffusões radio-telephonicas remuneradas: são aquellas, em que os musicos, executantes ou transmittentes tenham retribuição pelo trabalho. V. mais a Convenção revista em Roma, artigos 11 e 12.

d) Reproduzir actos publicos e documentos officiaes da União, dos Estados, e dos Municipios, inclusive o Districto Federal (Codigo Civil, art. cit., IV).

e) Citar, em livros, jornaes ou revistas, passagens de qualquer publicação, com intuito de critica ou polemica (Codigo Civil, art. cit., V).

f) Copiar á mão qualquer obra, contanto que se não destine á venda (Codigo Civil, art. cit., VI).

g) Inserir no corpo de um escripto, obras de artes figurativas, contanto, que o escripto seja o principal e as figuras sirvam, somente para explicar o texto; mas é obrigatoria a indicação das fontes e dos nomes dos autores (Codigo Civil, art. cit., VII).

h) Utilizar-se de um trabalho de arte figurativa, para obter-se composição nova (o mesmo artigo, VIII).

i) Reproduzir obra de arte existente nas ruas e praças. (art. cit., IX).

j) Reproduzir retratos ou bustos de encomenda particular, quando a reproducção fôr feita pelo proprietario dos objectos encomendados. A pessoa representada e os seus successores immediatos podem oppor-se á reproducção ou publica exposição do retrato ou busto (art. cit., X).

Não ha nos actos referidos neste paragrapho como licitos, offensa ao direito autoral, quer dolosa quer culposa. São actos que a opinião dominante considera innocuos e correspondentes a utilidades sociaes, sem prejuizo dos interesses do autor, antes muitas vezes favorecendo-os.

A Convenção de Berne, revista em Berlim e Roma, art. 2 bis. deixou a cada paiz da União a faculdade de excluir, total ou parcialmente, da protecção legal o direito de

publicação, em diários e periodicos, de discursos pronunciados em reuniões publicas. O Código Civil brasileiro considera licita essa publicação (letra *c*, *supra*). Cumpre ponderar, porem, que somente ao autor compete o direito de reunir em volume esses trabalhos (citada Convenção, art. 2 *bis*, segunda parte *in fine*).

Nosso Código Penal de 1890 reservava ao Poder Publico a publicação das leis e actos officiaes. Esse erro foi corrigido pela lei de 1 de Agosto de 1908 e pelo Código Civil.

III. As cartas missivas não podem ser publicadas sem permissão dos seus autores, ou de quem os represente; *é licito, entretanto, juntal-as, como documentos, em autos judiciais* (Código Civil, art. 671).

A lei penal pune o destinatario, que der á publicidade carta missiva, sem consentimento de quem lh'a endereçou; salvo em defeza de direitos (*Consolidação das leis penaes*, art. 191).

As cartas missivas são manuscriptos pertencentes ao destinatario, cujo conteúdo, entretanto, elle não pode divulgar sem permissão do autor. Essa publicação será violação do direito autoral e abuso de confiança. E' neste segundo aspecto que a lei penal a condemna e pune, permitindo-a, somente, como defeza de direitos em juizo.

Os juristas se têm esforçado por fixar a particularidade da carta missiva, do ponto de vista de manuscripto, objecto de direito autoral; de coisa corporea pertencente ao destinatario, e de documento utilizavel na defeza de direitos. As conclusões, a que chegaram, resumem-se, em ultima analyse, ao que acima fica exposto.

§ 60

DO CINEMA E DA RADIO-DIFFUSÃO

I. O cinema é representação semelhante á theatral; por isso, já houve oportunidade de se lhe fazer referencia no § 57 (1). O *Regimento do Departamento de Imprensa e Propaganda*, approved pelo decreto n. 5.077, de 29 de Dezembro de 1939, art. 8, trata do cinema na mesma Divisão consagrada ao theatro. E com referencia ao primeiro impõe certas normas, como: a exhibição do cine-jornal permanente, filmado em todo o Brasil, com motivos brasileiros e de reportagem em numero sufficiente para inclusão no programma; sujeição á censura etc.

O Director Geral do Departamento de Imprensa e Propaganda publicou Instrucções, em 3 de Agosto de 1940, tendo por objecto gravações de discos, que tenham letras para serem cantadas, e representações de discos estrangeiros.

II. O mesmo citado Regimento do Departamento de Imprensa e Propaganda, art. 7, occupa-se da radio-difusão, estabelecendo a competencia do Departamento neste particular, afim de que elle possa, por meio da radio-difusão nacional, imprimir orientação util aos interesses do Brasil, no sentido cultural e patriotico.

Como um dos meios de reproduzir e divulgar trabalhos literarios, artisticos e scientificos, a radio-difusão

(1) *Sobre Cinema e direitos autoraes* publicou HERMANO DURVAL, interessante estudo, no *Jornal do Commercio* de 1 de Agosto de 1937.

interessa ao direito autoral, a cujos preceitos, neste particular, obedece por determinação expressa do art. 26 da lei n. 5.492, de 16 de Julho de 1928, já referido anteriormente, que estatue: *As disposições do art. 2 e seguintes do decreto n. 4.790, de 2 de Janeiro de 1924, applicam-se a todas as composições musicas e peças de theatro, representadas ou transmittidas pela radio-telephonia, com intuito de lucro em reuniões publicas* (2). Não se refere a lei a outras obras literarias, artisticas e scientificas, que não sejam composições musicas e peças theatraes. E' claro, porem, que a essas obras se estende a protecção da lei, nos precisos termos do Codigo Civil, arts. 649, 657, 669, 671, assim como da lei n. 4.790, art. 2. Podemos, portanto, dizer, como em relação ás composições musicas e theatraes, todas as produções intellectuaes necessitam de autorização do autor ou de seu representante, para serem transmittidas: a) quando ainda ineditas; b) e sendo já publicadas, se a transmissão radio-telephonica tiver intuito de lucro e se realizar em reunião publica.

A Convenção para a protecção das obras literarias e artisticas, revista em Roma, contem o seguinte dispositivo, sob o n. 11 bis: "Exclusivamente os autores de obras literarias e artisticas têm o direito de autorizar a divulgação dellas, por meio da radio-diffusão". Deixa, porem, a cada paiz da União legislar no sentido de regular as condições do exercicio desse direito não podendo entretanto, "em caso algum attingir nem ao direito moral do autor, nem ao que lhe assiste de obter uma remuneração equitativa, fixada pela autoridade competente, na falta de accordo amigavel".

(2) Veja-se um parecer de ASTOLPHO REZENDE sobre *A irradiação de discos de musica pelas empresas de radio-diffusão*, na *Revista de Jurisprudencia brasileira*, vol. XLVII, Maio de 1940, p. 117-128.

Devemos entender esses preceitos de accordo com as leis brasileiras citadas. Quanto ao direito moral do autor esse é incondicionado.

§ 61

DAS PENALIDADES EM MATERIA DE DIREITO AUTORAL

As violações ao direito dos autores são reprimidas por penas criminaes e civis e, ainda, por prescripções policiaes.

As penas criminaes acham-se consignadas na *Consolidação das leis penaes*, art. 342 a 350, com apoio nzs leis n. 496, de 1 de Agosto de 1898 e n. 4.790, de 2 de Janeiro de 1924, assim como no Codigo Civil.

Destaca-se, em primeiro logar, o crime de contrafacção, que é definido como "todo attentado doloso ou fraudulento contra os direitos de autor". Consideram-se culpados do mesmo crime os que, scientemente, vendem, expõem á venda, têm nos seus estabelecimentos, para serem vendidos, ou introduzem no territorio da Republica para fim commercial, objectos contrafeitos.

Os cúmplices são punidos com penas eguaes ás dos autores.

Consideram-se tambem contrafacções:

1.º As traducções em lingua portugueza de obras estrangeiras, feitas, sem expressa autorização do autor, por estrangeiro não domiciliado no Brasil, e impressas no estrangeiro;

2.º As reproduções, traducções, execuções ou representações, autorizadas ou não, de trabalhos que não gozam da protecção legal (1); e as que fizerem alterações accrescimos ou suppressões nos que já tenham cahido no dominio publico.

As penas da contrafacção comprehendem a apprehensão e perda de todos os exemplares; multa equal ao triplo do valor dos mesmos a favor do autor; confisco dos moldes, matrizes e mais utensilios que tenham servido para a contrafacção; e indemnização dos prejuizos causados ao autor.

A representação ou exhibição não autorizada de composição dramatica ou musical sujeita o empresario reconhecido culpado á prisão cellular por dois meses a um anno, á apprehensão da receita bruta, e á indemnização não inferior a 50% da receita bruta.

A applicação fraudulenta do nome de um autor sobre obra literaria, scientifica ou artistica é tambem punida com prisão cellular de seis mezes a um anno e multa de 500\$000 a 1:000\$000, sendo apprehendida a obra.

A lei n. 5.492, de 16 de Julho de 1928, art. 31, estabelece a multa de 5% do ordenado do artista, em favor da Casa dos Artistas, se, na representação accrescentar, supprimir ou alterar palavras, phrases ou scenas, sem autorização do autor. A pena será applicada quando a infracção se reproduzir depois que o autor notificar, por escripto, ao artista e ao empresario, que prohibe a modificação introduzida em sua obra. No caso de reincidencia,

(1) Os escriptos defesos por lei e que, por sentença forem mandados retirar da circulação, carecem de protecção legal, não firmam direito de autor (Codigo Civil, art. 664).

após a applicação da multa, o autor poderá cassar a autorização dada para a representação.

O art. 3 da lei n. 4.790, de 2 de Janeiro de 1924, autoriza a intervenção da policia para interdizer o spectaculo ou representação de producção musical ou theatral, sem o consentimento do autor.

DOS DIREITOS REAES DE GOZO
SOBRE COISAS ALHEIAS

TITULO III

Dos direitos reaes, de gozo, sobre coisas alheias

CAPITULO I

DISPOSIÇÕES GERAES

§ 62

NOÇÃO, CABACTERES E CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS REAES (1)

I. *Direito real é o poder juridico da pessoa sobre uma coisa determinada, adherindo a ella, emquanto perdura e prevalecendo contra todos.* "Affectar o objecto da propriedade, sem consideração a pessoa alguma, seguil-o, incessantemente, em poder de todo e qualquer possuidor,

(1) *Revista da Faculdade de Direito do Recife*, XIII, p. 67 a 89; TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das leis civis*, ps. LXII a CII, da In-

diz TEIXEIRA DE FREITAS, eis o effeito constante do direito real”

Muitas definições apresentam os autores, que, salvo uma, ou outra excepção, traduzem o mesmo pensamento. A de HEINECIO, que, por muito tempo foi seguida em nossas escolas de direito, é a seguinte: *jus homini in rem competens, sine respectu ad certam personam* (2). DERNBURG define: “direitos reaes são os que submettem a nós, immediatamente, uma coisa corporea” (2). ENDEMANN diz que o direito real consiste no poder, reconhecido pela ordem juridica, recaindo, immediatamente, sobre coisas corporeas (2).

introdução; LAFAYETTE, *Direito das coisas*, § 1.º; M. I. CARVALHO DE MENDONÇA, *Introdução geral ao direito das coisas* (direitos reaes); JOSÉ DE ALENCAR, *Propriedade*; MUCIO CONTINENTINO, *Direitos reaes. Direitos pessoas*; AFFONSO FRAGA, *Direitos reaes de garantia*, §§ 1 a 6; DIDIMO A. DA VEIGA, *Direito das coisas*, vol. IX do *Manual do Código Civil brasileiro*, ns. 1 a 25; RIGAUD, *Le droit réel*; DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, ps. 405 a 443; PLANIOL, *Traité*, I, ns. 761 a 770 e 1.618 a 1.624; BAUDRY LACANTINERIE et CHAUVEAU, *Les biens*, ns. 1 a 18; HUC, *Commentaire*, IV, ns. 73 e 74; LAURENT, *Principes*, VI, ns. 72 a 81; ZACHARIAE, *Droit civil français*, II, n. 262 e III, n. 524; ENDEMANN, *Lehrbuch*, II, §§ 3.º, 10-94; ROTH, *System*, III, § 266; KOHLER, *Encyclopedie*, I, p. 603 a 604; *Lehrbuch*, II, 2.ª parte, § 90; *Einfuehrung in die Rechtswissenschaft*, § 6; FADDA e BENZA *ad Windscheid*, *Pand*, I, nota b ao § 37, p. 545 a 597; DERNBURG, *Pand.*, I, §§ 22 e 192; CHIRONI, *Istituzioni*, I, §§ 112 e 113; SANCHEZ ROMAN, *Derecho civil*, III, cap. I; SAVIGNY, *Droit romain*, § 56; ORTOLAN, *Généralisation du droit romain*.

(2) HEINECIUS, *Elem. jur. civ.*, § 284; DERNBURG, *Pand.*, § 22; ENDEMANN, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, II, § 3, n. 3 *in fine*. Vejam-se mais as definições de MAYNS, *Droit romain*, I, § 3; BONFANTI, *Diritto romano*, § 76; LAFAYETTE, *Direito das coisas*, I, § 1; AFFONSO FRAGA, *Direitos reaes de garantia*, § 3; SANCHEZ ROMAN, *Derecho civil*, III, n. 3; KOHLER, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, II, *Zweiter Teil*, §§ 2 e 3.

RIGAUD, *Le droit réel*, adoptando a doutrina de HAURIUO, dá como fonte do direito real a instituição. Ver, em particular, de pag. 345 em diante, onde se expõe a theoria, que o autor prefere.

II. *Caracteres.* Os caracteres essenciaes do direito real são:

1.º Elle adhere, immediatamente, á coisa, vinculando-a, directamente, ao titular.

2.º Em virtude da adherencia immediata, do direito á coisa, o direito real é dotado da propriedade de seguir o seu objecto por toda a parte (direito de *sequela*). *Rem meam ubi invenio, ibi vindico.* Este attributo é de grande valor pratico. Por elle, o proprietario reivindica o seu bem injustamente detido por outrem e separa-o da massa fallida; o credor pignoratício, ou hypothecario, assegura o seu pagamento.

3.º E' exclusivo. Não é possivel onde um direito real anteriormente existe, estabelecer outro da mesma especie. Não faz a hypotheca excepção a esta regra, senão apparentemente, pois os credores por hypothecas posteriores não podem excutir as suas, antes de vencida a anterior. No condominio, ha pluralidade de sujeitos da mesma relação juridica; mas esta é uma só, e o seu objecto não pode supportar nova relação da mesma natureza.

4.º E' provido de acção real, que prevalece contra qualquer detentor da coisa. Em razão deste predicado, alguns autores consideram-no absoluto. Mas não é licito identificar esses attributos. Todo direito é relativo, por isso mesmo que consiste em relação estabelecida entre pessoas, ou entre pessoa e coisa, como se dá no direito real. A affirmacão categorica de FUCHS — *Dinglichkeit ist Absolutheit*, não exprime o resultado de uma observação racional dos factos.

Além do argumento decisivo acima referido, poderíamos invocar outros. Se por prevalecer *erga omnes*, se por actuar *generaliter* ao direito real se ajusta o epitheto de absoluto, outros direitos ha, que se comportam do mes-

mo modo. As emanações directas da personalidade, como o direito á vida, á honra ou á liberdade, exigem o respeito de todos, sem determinação de pessoas obrigadas. Aliás os direitos de familia e os de credito exigem esse mesmo respeito geral, embora somente a determinadas pessoas imponham obrigações especiaes.

5.º O numero dos direitos reaes é sempre limitado nas legislações. Não ha direito real, senão quando a lei o declara. Os direitos obrigacionaes são innumeraveis.

6.º Somente o direito real é susceptivel de posse. Como o direito real recáe, directamente, sobre uma coisa, pode esta ser objecto de uma relação de mero facto, correspondente ao modo de ser do direito real.

III. Dos caracteres do direito real resultam as *diferenças*, que os distinguem dos obrigacionaes ou de credito.

1.ª No direito real, existe uma relação directa entre o sujeito e o objecto, ainda que, algumas vezes, determinada pessoa tenha de supportar as consequencias do exercicio do direito real. No direito de credito, porem, sempre a relação se trava entre pessoas: o credor e o devedor. Muito embora haja uma coisa a prestar (obrigação de dar), só indirectamente e por intermedio do devedor, é que o titular do direito pode alcançal-a.

2.ª Ficou dito que os direitos reaes excluem outros da mesma especie, o que não se verifica em relação aos direitos de credito. Consequencia: os credores chirographarios, se não têm privilegio especial, para se fazerem pagar e se os bens do devedor não chegam para cobrir o passivo, dividem entre si, na proporção dos creditos respectivos, os bens não absorvidos pelos onus reaes. Outra consequencia: Como a propriedade é a somma de todos os interesses juridicos enfeixados numa coisa, ninguem pode ter direi-

tos limitados sobre a coisa de que é proprietario. *Nulli res sua servit* (D. 8, 2, fr. 26). *Neque enim potest pignus perseverare domino constituto creditore* (D. 44, 2, fr. 30, § 1.º). São expressões do principio indicado, que se encontram no direito romano.

O direito allemão conhece a *hypotheca* do proprietario (3). Foram considerações de ordem economica e não a applicação logica dos principios, que crearam essa e outras normas legislativas semelhantes.

3.ª O direito real prevalece *erga omnes* e o de credito, somente, contra determinadas pessôas. Contestam alguns juristas (4) esta differença essencial entre as duas classes de direito, a que nos estamos referindo, e dizem que o direito real obriga a todos, cria uma obrigação geral, e o de credito obriga a certas pessôas: mas na essencia a relação juridica é a mesma, a obrigação. Portanto não ha differença, sob esse ponto de vista, entre o direito real e o de credito. Ambos se referem a pessôas; todos os direitos se estabelecem entre pessôas e não entre pessôa e coisa.

Mas, segundo observa KOHLER, "os seres da natureza penetram nas relações do homem, acompanham-no em suas acções e omissões, e, desde que elle são do communismo, é a relação entre elle e a natureza que se protege e santifica . . . Não ha direito, somente, onde pessôas se defrontam; tambem os ha, quando pessôas se acham em frente a coisas, naturalmente na supposição de que existe uma ordem juridica e a natureza é considerada como um

(3) Arts. 1.163, 1.168, 1.172 a 1.175 e 1.882.

(4) PLANIOL, *Traité*, I, ns. 762 e 763; FUCHS citado por ENDEMANN, *Lehrbuch*, II, § 3.º, nota 9. Vejam-se mais as informações de FADDA e BENZA, que se encontram nas traduções das *Pandectas* de WINDSCHEID, § 38.

factor de cultura, entrozando-se em relações sociaes do homem" (5).

Parece claro que na estrutura do direito real não entra a idéa de devedor. Se, ordinariamente, o seu titular reage contra quem o lesou, pela necessidade de restabelecer-o ou reparal-o, muitas vezes, se dirige directamente ao detentor do objecto do direito, ainda quando se ache de bôa fé, desconhecendo a lesão. No momento da reacção os direitos, como que se identificam; mas não usam dos mesmos remedios, porque sua estrutura varia e, de accordo com ella, é que se opera a reacção.

4.^a O objecto do direito real, pelo que se acaba de expor é uma coisa corporea e só, excepcionalmente, incorporea; o objecto do direito obrigacional é sempre uma prestação, vale dizer, uma acção ou inacção da pessoa.

5.^a O direito real pode fundamentar as mesmas acções indefinidamente. Por exemplo: como proprietario de um immovel, posso reivindicar-o tantas vezes quantas me tiverem despojado do meu dominio, e o mesmo direi das acções protectoras da servidão, que adquiri sobre predio alheio. Como credor, se exijo a solução da divida e sou pago, extingue-se a relação juridica.

As obrigações são temporarias, o direito real perdura indefinidamente.

IV. *Enumeração.* Os direitos reaes são estabelecidos por lei. São figuras de typo fixo.

O direito romano admittia, alem da propriedade, os direitos reaes de servidão, a emphyteuse, a superficie e a

(5) *Einfuehrung in die Rechtswissenschaft*, § 6.

hypotheca (6). Com poucas variações o direito moderno conservou esse quadro.

O direito civil patrio reconhece os seguintes direitos reaes:

Propriedade.

Emphyteuse.

Servidões.

Usofructo.

Uso.

Habitação.

Rendas expressamente constituídas sobre immoveis.

Penhor.

Antichrese.

Hypotheca (7).

A essa enumeração, podemos accrescentar a parte real do direito autoral, que o Codigo Civil denomina *propriedade litteraria, scientifica e artistica*, materia que foi objecto de capitulo anterior, onde se accentuou que essa figura juridica apresenta duas faces, uma intima, inapreciavel e intransferivel, por ser emanação directa da personalidade, e outra economica, objectivada em productos da intelligencia.

Na enumeração dos direitos reaes constante do artigo 674 do nosso Codigo Civil, não constam a superficie e o direito de retenção.

Superficie, como direito real, é o direito de propriedade applicado somente ás coisas que se encontram na superficie do solo, ou, mais particularmente, ás plantações

(6) GIRARD, *Droit romain*, 5.^a ed., p. 356; BONFANTI, *Diritto romano*, § 76.

Os romanos não haviam construido uma theoria geral dos direitos reaes, ainda que tivessem a noção (RIGAUD, *Droit réel*, p. 54 e segs.).

(7) Codigo Civil, art. 674.

ou construcções em terreno alheio. O direito romano conheceu essa formação jurídica (7-a), e d'elle passou a outras legislações, como adiante se indicará. Mas o nosso direito civil considera a superficie como parte componente do solo, que se não desprende d'elle para constituir um *jus in re aliena* (Codigo Civil, art. 43). O Codigo de minas, de modo algum alterou o nosso direito civil, nesta parte. Apenas, nos logares, onde ha jazida mineral ou mina, declara que ha ahí um objecto distincto de propriedade, um bem immovel distincto (decreto-lei n. 1.985, de 29 de Janeiro de 1940, art. 4).

Direito de retenção é a faculdade, que tem o credor de recusar a entrega da coisa ao devedor, até que este solva ou garanta a divida correspectiva (8).

São presupostos do direito de retenção: a) *um credito* contra o devedor (*justa causa detentionis*); b) *uma coisa detida*, ou, pelo menos, á disposição do credor; c) *connexidade* entre o credito, que autoriza a detenção e a coisa a entregar ou a obrigação de entregar.

Alguns autores, como J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, que estudou esta materia com especial carinho (9). PAUL PONT, GUILLOUARD, CABRY e outros dão-lhe o character de direito real; mas, em face do Codigo Civil, não é licito aceitar essa classificação. Aliás tambem a doutrina a desfavorece, porquanto ao direito de retenção faltam alguns dos caracteres essenciaes ao direito real, tacs

(7-a) D. 43, 18; GIRARD, *Droit romain*, p. 384; WINDSCHEID, *Pand.*, § 223; DERNBURG, *Pand.*, §§ 258 e 259.

(8) PAULO DE LACERDA, *Gazeta Juridica* de São Paulo, XXVIII, p. 301-318, XXIX, p. 3-24 e 107-125.

(9) *Tratado de direito commercial*, VIII, ns. 835 a 852. Em direito commercial, havia certo apoio na lei n. 2.024, da autoria do e-regio commercialista, art. 55, n. 3, que se referia a *outras garantias reaes*, inclusive a *retenção*, aliás reproduzida na lei n. 5.746, de 9 de Dezembro de 1929, art. 55, n. 3. V. mais: OCTAVIO MENDES, *Da retenção e da compensação na fallencia*, na *Revista dos Tribunaes*, XVII.

como a *sequela* e a *acção real*, como, judiciosamente, recordam AUBRY et RAU (10).

O direito de retenção, afinal nada mais é do que uma defeza, que se oppõe ao direito do devedor-credor, suspendendo-lhe a efficacia da acção. Actua como excepção. Tal era o character, que lhe dava o direito romano.

Não se confunde com o pênhor, nem com a antichrese, por ser mera defeza do credito, que alguém tenha contra seu devedor, quando este lhe exige o pagamento da divida, que, por sua vez, tenha contra aquelle credor; por não ter forma especial e por ser puramente negativo.

Apresenta-se em varias situações, como na excepção *non adimpleti contractus*, na retenção por bemfeitorias, que a lei, claramente, assegura e em outros casos semelhantes, expressos ou não.

V. Os direitos reaes distribuem-se por duas classes: a) o direito pleno sobre a coisa, *plena in re potestas*, a propriedade; b) os direitos reaes limitados, *jura in re aliena*. Alguns destes ultimos facultam a fruição directa e actual da coisa, sem o poder de disposição; outros, sem permittir a utilização directa da coisa, destacam apenas determinada parte dos fructos, para determinado fim; e ainda outros se propõem a garantir o cumprimento de obrigações.

Sob o ponto de vista da estensão dos poderes juridicos, podemos classificar os direitos reaes na seguinte ordem de poderes decrescentes:

(10) *Cours*, III, ns. 256 bis. Huc, *Commentaire*, VII, que define o direito de retenção aquelle "em virtude do qual, a pessoa, que detem uma coisa, que é obrigada a restituir, pode, autorizando-se em um credito exigivel, referente ao mesmo facto de que nasceu a sua divida, retardar a restituição, até que lhe seja dada satisfacção" (n. 169), tambem lhe recusa o character de direito real. V. mais PLANIOL, RIPERT et PAUL ESMEIN, *Droit civil français*, VI, ns. 444 e segs.

a) Propriedade (*direito de posse, uso, gozo e disposição*, dentro dos limites, que a lei traça).

b) *Emphyteuse* (o mesmo conjuncto de poderes, sujeito, porem, a laudemio, a resgate e a commisso, que denunciam a existencia simultanea de outro direito co-extensivo, ainda que, ordinariamente, latente). Dominio util e dominio directo.

c) *Usofructo* (Direito de posse, uso e gozo, sem poder de disposição, excepto para consolidação). Também presuppõe dois sujeitos coexistentes: o usufructuario e o nú proprietario.

d) *Servidões* (direito de posse, uso e gozo somente de algumas utilidades da coisa).

e) *Uso* (direito de posse e uso pessoal).

f) *Habitação* (direito de posse limitado á habitação de determinado predio).

g) *Rendas expressamente constituídas sobre immovel* (mero gozo).

h) *Hypotheca* (direito de garantia, para cumprimento de obrigação, vinculando immovel ou navio).

i) *Penhor* (direito semelhante, tendo por objecto coisa movel).

j) *Antichrese* (direito de garantia, consistente na detenção de immovel).

§ 63

PRINCIPIOS GERAES A QUE SE SUBORDINAM OS DIREITOS REAES

I. *Os direitos reaes sobre immoveis constituem-se e transmitem-se, entre vivos, por escriptura publica e transcripção ou inscripção no registro de immoveis* (arts. 134, II, 530, I, 531, 676 e 856, do Codigo Civil). Se o valor

do contracto constitutivo ou translativo do direito real não exceder a um conto de reis, é dispensada a escriptura publica; não, porem, a transcripção.

O art. 676, affirmando este principio, admite uma restricção, que, se existisse, perturbaria a eurythmia da construcção juridica nesta materia: *salvo os casos expressos neste Codigo*.

Haverá realmente, algum caso, que constitua excepção á regra acima estabelecida? Alguns juristas e tribunaes apontam as servidões não apparentes, por argumento, *a contrario sensu*, do que estabelece o art. 697 do Codigo Civil, que, opportunamente, será apreciado. Parece-me, porem, e procurarei explicar por que, não haver essa excepção.

II. *Os direitos reaes adherem ao immovel nas mutações da propriedade* (Codigo Civil, art. 677).

Os direitos reaes adherem á coisa, que lhes é objecto, como é de sua propria natureza. Por isso aquelle que adquire o immovel supporta os onus reaes, que sobre elle pesam e com elle, egualmente, lhe augmentam o patrimonio os que o avantajam. Onus e vantagens reaes acompanham o immovel no transito de uns para outros patrimonios.

Aos impostos, que recaem sobre os predios, imprime a lei character de onus reaes, transmissiveis aos adquirentes. Aliás das escripturas publicas de alienação de immoveis deve constar o pagamento dos impostos devidos. E, em caso de venda em praça, o preço responde pelo pagamento integral do imposto e das multas.

III. *Os direitos reaes sobre moveis, quando constituidos ou transmittidos por actos entre vivos, só se adquirem com a tradição* (Codigo Civil, arts. 620 e 675).

Tradição é a entrega de coisa movel, sobre a qual se convencionou a constituição ou transferencia de um di-

reito real, entre vivos. Pelo direito patrio, como pelo romano, os direitos reaes não se transmittem por mero effeito dos contractos, que geram obrigações e se enquadram na parte do direito civil referente a essa classe de relações jurídicas. A transferencia do direito real entre vivos somente se perfaz, segundo o systema adoptado em nosso direito, por um acto, que traduza a deslocação effectiva do dominio de um para outro patrimonio. Esse acto, em relação aos moveis, é a tradição, como a respeito dos immoveis é a transcrição, que é entrega solemne, com a intervenção do official publico, e que, para mais efficiente organização da propriedade, tambem se exige para a transferencia do direito real adquirido por successão hereditaria.

Esta materia já foi exposta no § 50 *supra*, onde se encontram as normas, que a regulam e a indicação dos systemas legislativos semelhantes ao nosso, ou d'elle divergentes. Para o nosso direito, a obrigação contractual autoriza a exigencia da prestação; somente a tradição gera o direito real sobre a coisa movel.

§ 64

FIGURAS DE DIREITOS REAES EM OUTRAS LEGISLAÇÕES

A propriedade é considerada com a feição de direito real em todas as legislações, qualquer que seja a estensão reconhecida do seu conceito. Consideremos, pois, os *jura in re aliena*.

No Codigo Civil allemão (arts. 1.012 e seguintes) nomeiam-se: a *superficie*, as *servidões*, o *direito de pre-empção*, os *onus reaes* em sentido restricto (*Reallasten*),

que o art. 1.105 define como prestações periodicas, que oneram o immovel em favor de alguém (1), a *hypotheca*, as *dividas e rendas vinculadas a immoveis*, além dos direitos reaes reservados á legislação dos Estados (2).

No direito italiano, segundo a enumeração de NICOLA STOLFI, os *jura in re aliena* são: usufructo, uso, habitação, servidões prediaes, emphyteuse, superficie, precipuos (*prelievi*), privilegios, penhor e *hypotheca* (3).

A enumeração de PLANIOL, RIPERT et PICARD, segundo o direito francez, é a seguinte: a) direitos reaes chamados principaes, que outros autores denominam direitos reaes de gozo, excluida a propriedade: usufructo, uso, habitação, as servidões e a emphyteuse; b) direitos reaes accessorios ou de garantia: privilegio, *hypotheca* e penhor (4).

Uma autoridade hespanhola, destaca no direito de sua patria, como direitos reaes, além do dominio: posse civil, servidões, censo, *hypotheca* ou penhor, direito he-

(1) Eis a letra do art. 1.105: "Um predio pode ser onerado de modo que por elle se paguem prestações periodicas áquelle a favor de quem as prestações foram instituidas".

Essas prestações podem consistir em dinheiro, em natureza ou em serviços pessoaes. São temporarias ou vitalicias.

(2) ENDEMANN, *Lehrbuch* cit., II, §§ 10 e 11; KOHLER, *Lehrbuch* cit. II, segunda parte, §§ 90 a 93 (*dingliche Rechte*).

(3) *Diritti reali de godimento e Diritti reali di garanzia*, II e III vols. do *Diritto civile*, 1928-1932. Ver mais CHIRONI, *Istituzioni*, § 112.

STOLFI não vê na superficie um verdadeiro *jus in re aliena*, porque não se acha indicado nem regulado por lei. E' simplesmente *amplius domini*; mas expõe a materia estensamente. Outros civilistas italianos, porem, dão á superficie o caracter de *jus in re ainea*. V. o vol. II, 2 — ns. 967-1.003.

(4) *Droit civil français*, III, n. 41. Ha vacillação quanto á superficie (n. 71). Veja-se tambem LAURENT, *Cours*, I, n. 522. HUC, *Commentaire*, IV, n. 73, não considera a emphyteuse direito real, no direito francez.

reditario e inscrição arrendataria; a superficie é considerada uma forma do censo (5).

O Codigo Civil argentino exclue a emphyteuse e a superficie de entre os direitos reaes limitados, considerando dessa categoria, somente, o usufructo, o uso e a habitação, as servidões activas, o direito de hypotheca, o penhor e a antichrese (6). O codificador, VELLEZ SANSFIELD, julgou mais conveniente aos interesses da propriedade immovel manter a propriedade do solo, segundo a concebera o direito romano puro, e, assim, não mencionou no seu articulado o direito destacado da superficie. A emphyteuse, na Argentina mostrara-se impropria para a cultura das terras e fertil em pleitos difficeis, o que aconselhava a sua supressão. Essas mesmas razões haviam actuado no espirito de Goyena e da Commissão que preparara o Projecto de Codigo Civil para a Hespanha (7). O Projecto de reforma do Codigo Civil acrescenta o censo, que corresponde á nossa constituição de renda sobre immovel.

O Codigo Civil do Chile consigna, somente, como direitos reaes limitados: usufructo, uso, habitação, servidão (8), o censo, o penhor, a hypotheca e a antichrese (9).

O Codigo Civil do Perú menciona: usufructo, uso, habitação, servidões, penhor, antichrese, hypotheca e direito de retenção (10).

(5) SANCHEZ ROMAN, *Derecho civil*, III, n. 9, *in fine*.

(6) Art. 2.503.

(7) Nota estensa ao artigo acima citado, do qual extraio, tão só, o sufficiente para indicar a orientação seguida pelo codificador platino.

(8 e 9) Arts. 732, 2.022, 4.384, 2.407 e 2.435. O censo, o penhor, a hypotheca e a antichrese são regulados no livro quarto, que se ocupa das obrigações em geral e dos contractos.

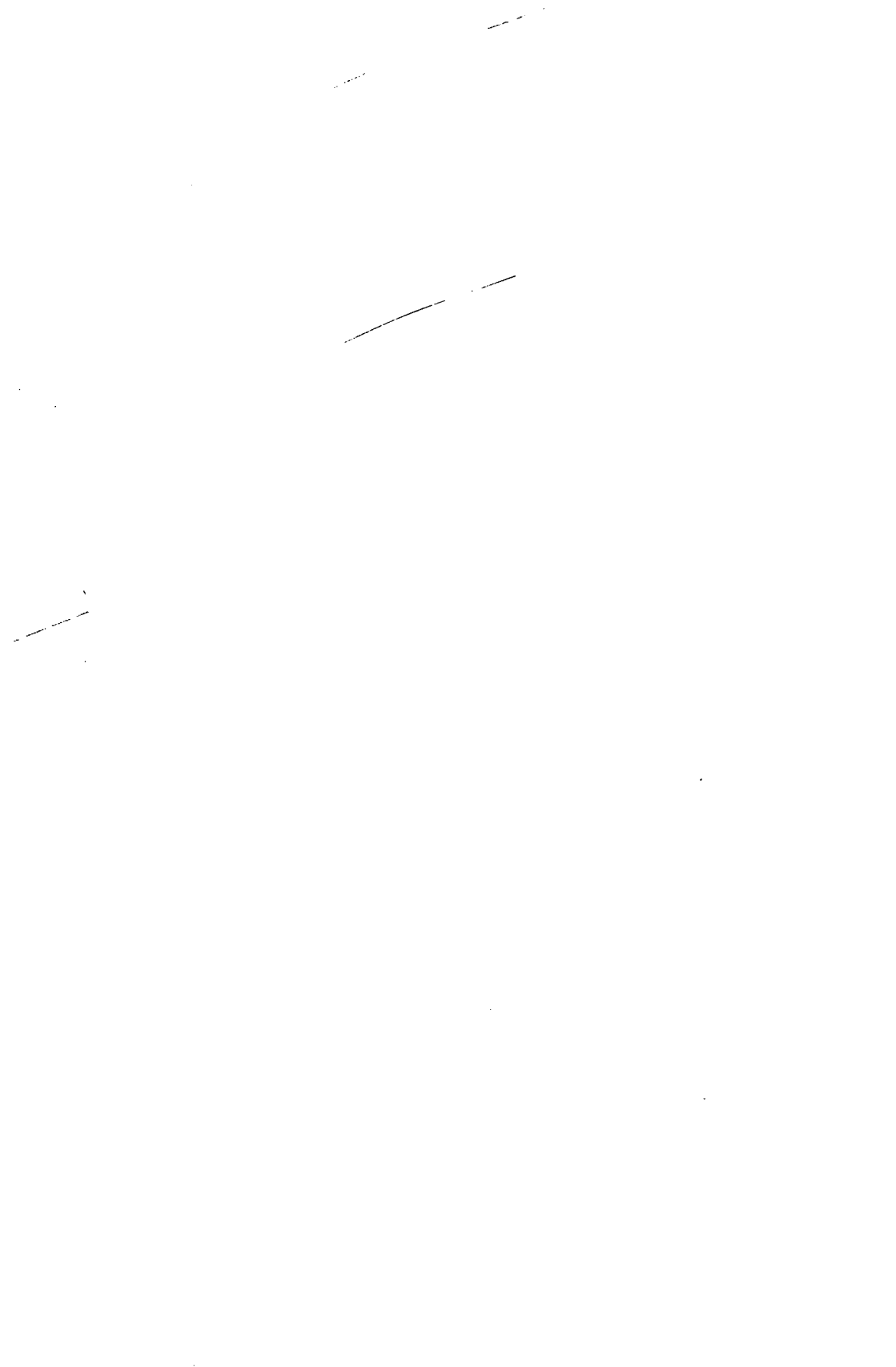
(10) Arts. 924, 960, 981, 1.004, 1.010 e 1.029.

O Código Civil da Venezuela, em virtude do methodo adoptado na distribuição das materias, occupa-se, no livro segundo (dos bens, da propriedade e de suas modificações): do usufructo, uso, habitação, constituição de um lar, servidões; e, no livro terceiro (das maneiras de adquirir e transmittir a propriedade e mais direitos): da emphyteuse, da renda vitalicia, do penhor, da antichrese dos privilegios e da hypotheca (11).

Sob a inscripção geral de *direitos reaes*, o Código Civil da Russia Soviética se refere, depois da propriedade, ao direito de construcção e ao penhor. O primeiro é um contracto concernente á concessão de parcelas municipaes de terrenos a construir, concluidos pelas secções communaes com agrupamentos corporativos, outras pessoas juridicas, ou simples cidadãos por quarenta e nove annos, se se trata de construcções de pedra e por vinte annos se se trata de outras construcções (art. 71). O penhor, como garantia de credito, pode ter por objecto qualquer bem não excluido da circulação, inclusive o direito de construcção; e pode ser legal ou convencional (12).

(11) ALEJANDRO PIETRI, hijo, *El Código Civil de 1916*.

(12) *Les Codes de la Russie sovietique*, I, trad. de Jules Patouillet et Raoul Dufour, 1925, Código Civil, arts. 71 e 85.



CAPITULO II

DA EMPHYTEUSE (1)

§ 65

NOÇÕES HISTÓRICAS

I. *Emphyteuse* é nome de origem grega; mas, segundo informam historiadores do direito, nos documentos genuinamente hellenicos, não se depara a palavra *em-*

(1) LAFAYETTE, *Direito das coisas*, §§ 137-140 e 144-146; LACERDA DE ALMEIDA, *Direito das coisas*, I §§ 77, 78, 81 a 84 e nota B, no fim do volume; ALMACHIO DINIZ, *Direito das coisas*, § 57; SPENCER VAMPRÉ, *Manual*, II, §§ 65 e segs.; MELCHIADES PICANÇO, *Direito das coisas*, aos artigos 678 e seguintes do Código Civil; COELHO DA ROCHA, *Instituições*, §§ 531 a 537, e notas X a Z, no fim do volume; LIZ TEIXEIRA, *Curso*, III, tit. XI, § 1.º, 11; PLANIOL, *Traité*, I, ns. 1.988-1.998; PLANIOL, RIPERT et PICARD, *Droit Civil français*, III, ns. 1.000-1.002; AUBRY et RAU, *Cours*, II, §§ 224 e 224 bis; ENDEMANN, *Lehrbuch*, II, § 95; DERNBURG, *Pandette*, trad. Cicala, §§ 258 e 260; WINDSCHEID, *Pandette*, trad. Fadja e Bensa, § 218; BONJEAN, *Institutes*, II, 2.759 a 2.769; BRUNS-ECKMITTEIS, na *Encyclopedie* de HOLZENDORF e KOHLER, I, p. 351-352; NICOLA STOLFI, *Diritto civile*, II, parte seconda, ns. 728 e seqs.; DIAS FERREIRA, *Código Civil portuguez*, ao art. 1.653; SANCHEZ ROMAN, *Derecho civil*, III, caps. XVIII e XXV; BENEDICTO DE SOUZA, *Parecer nos Tra-*

phyteusis (1-a), que parece ter entrado para a terminologia jurídica do direito romano por intermédio das províncias gregas: *jus emphyteuticon*. Existia, porém, a instituição, embora sem denominação técnica, e sem linhas precisas. Era um arrendamento de longo prazo ou perpetuo, originariamente feito pelas cidades e templos e, depois, usado também por particulares, sem obedecer a regras uniformes. Transmittia-se hereditariamente e entre vivos, mantidos os direitos do proprietário locador, que se expressava pelo recebimento do *canon* e cumprimento de outras estipulações contractuaes.

II. As fontes romanas tratam desta materia, particularmente, no Digesto, 6, 3 (*Si ager vectigalis, id est, emphyteuticarius, petatur*) e no Código, 4, 66 (*De jure emphyteutico*). Segundo WINDSCHEID, o direito justineano da emphyteuse tem uma dupla origem, uma romana occidental e outra romana oriental. A primeira pertence o *jus in fundo vectigali* (2); da segunda veio a denominação *jus emphyteuticum*. Os compiladores de JUSTINIANO, é que reuniram os dois institutos, formando um só.

Os municipios e as corporações sacerdotaes arrendavam as suas terras, perpetuamente ou por longo prazo,

balhos da Camara, III, p. 108; L. BEAUCHET, *Droit privé de la république athénienne*, III, p. 309 e segs.; PAUL GUIRAUD, *Grande encyclopedie*, vb. *Emphyteose* (vol. XV).

(1-a) N. STOLFI, *op. cit.*, n. 728, affirma, porém, que a palavra existia no direito hellenico. *Emphyteusis* implica obrigação de plantar.

(2) *Agri vectigales* eram terrenos do Estado, dos Municipios ou dos *collegia*, cuja posse essas entidades concediam a particulares, para que as cultivassem. PAULO diz: (*Agri*) *vectigales vocantur qui in perpetuum locantur; id est hac lege ut tandiu pro illis vectigal pendatur, quandiu neque ipsis conduxerint, neque his, qui in loco eorum successerunt, auferi eos liceat* (D. 6, 3, fr. 1).

mediante certa renda annual; e o pietor concedeu ao arrendatario *actio in rem utiles*. contra qualquer possuidor, dando á relação juridica o character de direito real.

O emphyteuta tem a posse do bem com as respectivas acções, assim como, segundo já se disse, acção garantidora do direito, que, depois, os glossadores denominaram *dominio util*. Cabem-lhe os fructos e productos da coisa, e pode alienal-a, onerosa ou gratuitamente, assim como a transmite por herança.

Está obrigado a conservar o predio em bom estado, a pagar um canon annual e os impostos relativos ao immovel, a denunciar ao senhorio a alienação, para que este receba dois por cento do preço ou exerça o seu direito de preferencia, dentro de dois mezes, e consolide a sua propriedade. O não cumprimento desta ultima obrigação é punido com a perda da emphyteuse. A deterioração do immovel por culpa do emphyteuta determina tambem a extinção do seu direito.

III. No direito portuguez, esta figura juridica tomou os nomes de *emprazamento* ou *prazo* e *aforamento*. Emprazamento dizia-se a concessão de terras feitas pelo proprietario ao cultivador, para que as beneficiasse, pagando-lhe certa renda annual, por vida ou transmittindo-se, perpetuamente, essa obrigação aos successores. Aforamento era a aquisição dos direitos de cultivar terreno alheio mediante certa renda annual. E' o mesmo instituto. O aforamento perpetuo recebia o nome de *fateusim*.

Infiltraram-se no instituto emphyteutico influencias feudaes e costumeiras, que o complicaram com formalidades estranhas e o sobrecarregaram de obrigações varias de prestações de serviços pessoaes, luctuosas (3), exigen-

(3) *Luctuosa*, em materia de aforamento, era o direito attribuido

cias onerosas, abusos, a que se tiveram de sujeitar os emphyteutas.

Houve reacção por parte de alguns juristas, no sentido de se eliminarem esses enxertos, mas nada conseguiram e as Ordenações philipinas, sem se distanciarem das compilações anteriores, consagram apenas, algumas disposições insufficientes, que não modificaram as normas creadas pelos costumes e pela jurisprudencia.

O Marquez de Pombal é que, segundo faz sentir COELHO DA ROCHA (4), procurando abater a aristocracia, tanto a secular quanto a ecclesiastica, tomou medidas que restringiram os excessos dos senhorios e, de certo modo desafogaram os emphyteutas. Nessa orientação foi acompanhado por MELLO FREIRE, que combateu as lucrativas, restringiu o direito de commisso e negou o direito de augmento do fôro. Não completou, porem, a reforma iniciada.

A evolução das idéas proseguuiu, no entanto, limitando as prerogativas e privilegios dos senhorios até a promulgação do Codigo Civil.

IV. No direito germanico, as terras eram concedidas como feudos, pela tradição e a investidura. Esta transferia o dominio util, correspondente ao direito emphyteutico, do direito romano, porem modificado pelas idéas e symbolismo do direito feudal. As cartas de investidura (Lehnsbrief) passaram, depois de certa epoca, a ser registradas em livro especial (5).

ao senhorio, de receber, por morte do emphyteuta, certo pagamento igual ao fôro ou ao que fosse estipulado no contracto. No foral da terra de Paiva, D. Manoel declarou que a *lutosa* (variante da denominação) seria a melhor joia ou peça movel paga á Corôa (S. ROSA VITERBO, *Elucidario*).

(4) Nota X ao § 533, no fim do volume.

(5) F. SCHULTE, *Droit et institutions de l'Allemagne*, § 151.

V. Na França, a emphyteuse foi adoptada pelo antigo direito, segundo a forma estabelecida pelo direito romano; dominio directo e dominio util. Na quadra da Revolução, limitou-se-lhe a duração, que não podia exceder de 99 annos, mas não se lhe alterou a natureza (6).

§ 66

DEFINIÇÃO E CONSTITUIÇÃO DA EMPHYTEUSE

I. *Emphyteuse é o direito real de posse, uso e gozo de immovel alheio, alienavel e transmissivel por herança, conferido, perpetuamente ao emphyteuta, obrigado a pagar uma pensão annual invariavel (fôro) ao senhorio directo* (1).

A emphyteuse constitue-se por contracto ou por testamento. O contracto emphyteutico exige escriptura publica (quando de valor excedente a um conto de réis), na qual se podem inserir quaesquer clausulas, que não alterem a natureza do instituto. Será transcripto no registro de immoveis, para valer como direito real (2).

Constituida ou transmittida por disposição de ultima vontade, a emphyteuse só está sujeita á transcrição, quando o titular a quizer alienar.

(6) PLANIOL et RIPERT, *Droit civil français*, III, avec le concours de M. PICARD, ns. 1.000 e 1.001.

(1) *Codigo Civil*, art. 678.

(2) *Codigo Civil*, arts. 134, II e 676.

Adquire-se também o domínio útil por usocapião, desde que se realizem os requisitos estabelecidos para o domínio; justo título, bôa fé e tempo (dez annos entre presentes e vinte entre ausentes), se se trata de usocapião ordinario ou, simplesmente, o decurso de trinta annos, se se cogita do usocapião extraordinario (3).

II. A emphyteuse contem todos os direitos, que emanam do domínio, com as restricções, que adiante serão expostas: extingue-se por deterioração, commisso e por morte do emphyteuta, sem haver herdeiro, pela opção attribuida ao senhorio directo; e, alem da obrigação de pagar o fôro annual, o emphyteuta responde pelo laudemio, quando, onerosamente, aliena o seu direito.

Por caberem esses poderes ao emphyteuta, o seu direito se denomina *dominio util*, importa dizer: são-lhe attribuidos os direitos de usufruir o bem do modo mais completo, o de alienal-o e o de transmittil-o por successão hereditaria. O senhorio tem o *dominio directo*, que recae sobre a substancia do immovel, abstrahindo das suas utilidades, as quaes são objecto do direito do emphyteuta.

III. A emphyteuse é perpetua, ainda que resgatavel. Se a limitarem no tempo, será arrendamento. O nosso direito também não permite a emphyteuse por vidas.

(3) Com apoio em MUEHLENBUCH, MAYNS e LOBÃO, aponta LA-FAYETTE tres modos, pelos quaes pode occorrer o usocapião: a) quando o aforamento é estabelecido por quem não é dono do predio. Dados os requisitos do usocapião, o foreiro adquire a emphyteuse, ainda contra o verdadeiro dono; b) quando alguém, que esteja na posse do immovel, sem titulo de emphyteuse, paga, entretanto, fôro ao dono; c) quando o dono do immovel, por ignorancia ou outro motivo, paga, como emphyteuta, pensão a outrem, que toma como senhorio.

Somente ao primeiro caso é applicavel o usocapião ordinario. Aos outros, por falta de justo titulo, somente o extraordinario, de trinta annos, poderia applicar-se.

IV. O fim economico da emphyteuse é facilitar, pela modicidade do preço, o aproveitamento das terras incultas ou abandonadas; é natural que o direito não lhe dê por objecto predios, que o trabalho já tornou productivos. Por isso o Código Civil estabelece a regra: "só podem ser objecto de emphyteuse terras não cultivadas" (artigo 680). "Os terrenos destinados á edificação", podem, igualmente, ser objecto de aforamento, porque lhes foi dado esse modo especial de aproveitamento, a construção de casas.

§ 67

DOS DIREITOS E DEVERES DO EMPHYTEUTA

Decompondo os direitos contidos no dominio util, diremos que ao emphyteuta competem os seguintes:

a) Percepção dos fructos e productos. E' applicação immediata do seu poder de dominio util.

b) Aproveitamento do immovel, segundo os seus interesses dictarem, dentro do respeito á lei. Não pode, entretanto, dividir o terreno emphyteutico, sem autorização do senhorio (Codigo Civil, art. 690, § 2.º).

c) Alienação onerosa ou gratuita. A alienação onerosa ha de ser communicada ao senhorio para o effeito da opção ou do laudemio (arts. 683 e 686 do Codigo Civil).

Sempre que o emphyteuta aliena o immovel a titulo oneroso, seja venda, dação em pagamento, permuta por coisa fungivel, transacção, é obrigado a *dar aviso*

previo ao senhorio directo, para que este exerça o seu direito de opção; e este deve, no prazo de trinta dias, declarar por escripto datado e assignado, se quer a preferencia na alienação pelo mesmo preço, sob pena de caducidade deste seu direito (art. 683).

Se, porem, nesses casos, o senhorio directo não usar do direito de opção, terá o de receber do alienante o *laudemio, que será de dois e meio por cento sobre o preço da alienação, se outro não tiver fixado o titulo de aforamento* (art. 686). Consideram-se compensação dada ao senhorio por não consolidar na sua pessoa o direito de propriedade e aprovação do novo emphyteuta.

No caso de execução por divida do emphyteuta, o senhorio directo será citado, para assistir á praça, para exercer o seu direito de preferencia, em egualdade de condições, quer sobre o arrematante quer sobre o adjudicante (artigo 689).

Nas alienações gratuitas, doação ou dote, assim como nas trocas por coisa infungivel, não ha direito de opção e, consequentemente, não ha tambem laudemio; todavia, o emphyteuta é obrigado a *dar aviso ao senhorio directo, dentro de sessenta dias, contados do acto da alienação sob pena de continuar responsavel pelo pagamento do fôro* (art. 688).

Não se concebe a opção no caso de doação ou dote; e, não havendo direito de opção desaparece a sua compensação pelo laudemio. Quanto á permuta por coisa infungivel tambem não é possivel opção, porque o bem, que o emphyteuta recebe em troca do immovel aforado, é uma coisa certa, determinada, individuada, que faz parte do patrimonio do permutante e não pode ser substituida por outra qualquer pertencente ao senhorio.

d) *Opção.* Assim como ao senhorio directo a lei confere o direito de opção, quando o emphyteuta aliena a titulo oneroso o seu dominio util, no emphyteuta, egual-

mente, reconhece o direito de preferencia, no caso de querer o senhorio directo vender ou dar em pagamento o seu direito á substancia do immovel (Codigo Civil, art. 684). Desfazem-se, por esse dispositivo, quaesquer resquicios de subordinação do foreiro ao senhorio directo, como outróra acontecia.

e) O foreiro pode instituir subemphyteuse (artigo 694), como o locatario pode sublocar o predio que tomou em aluguel; e a subemphyteuse rege-se pelos principios da emphyteuse. Por esse facto, não se alteram as relações entre o foreiro e o senhorio directo, cujos direitos e obrigações se mantêm. Apenas o foreiro assume, em relação ao subemphyteuta, a posição de senhorio. Se, portanto, o acto constitutivo do arrendamento é silencioso a respeito, não ha necessidade de ser a subemphyteuse comunicada ao senhorio directo, pois que não lhe cabe direito de opção.

f) O emphyteuta responde pelo pagamento dos impostos que recahirem sobre o immovel (Codigo Civil, art. 682), porque é elle quem se utiliza do immovel, percebe-lhe os fructos e delle dispõe.

Os onus reaes, que gravarem o immovel aforado, naturalmente o acompanham e o foreiro os supporta.

g) O emphyteuta "não tem direito á remissão do fôro, por esterilidade ou destruição parcial do predio emphyteutico, nem pela perda total dos seus fructos", declara o art. 687 do Codigo Civil; permite-lhe, porem, nesses casos, "abandonal-o ao senhorio directo, e independentemente de seu consento, fazer inscrever o acto de renuncia" (art. 687), porque o dominio deixa de ser util para o emphyteuta, perde o seu objecto, que é o aproveitamento economico do immovel.

Não pode, entretanto, o foreiro, não havendo as circumstancias acima declaradas, abandonar o predio afo-

rado, gratuitamente, ao senhorio, com prejuizo dos credores. Podem estes oppor-se ao abandono, prestando fiança pelas pensões futuras, até que sejam pagos de suas dividas (art. 691).

h) O art. 693 do Codigo civil attribue ao foreiro o direito de resgatar o predio aforado, depois de trinta annos, como melhor se verá no § 70.

§ 68

DIREITOS E DEVERES DO SENHORIO DIRECTO

Os direitos do senhorio directo já ficaram indicados ao se assignalarem as obrigações do foreiro. Convem, todavia, accentual-os.

São elles:

a) O dominio directo, que recae sobre a substancia do immovel.

b) O direito de receber a pensão annual, canon ou fôro, estipulado no acto constitutivo do aforamento, que é manifestação normal do dominio directo. Por isso, é invariavel. Não tem relação com as utilidades produzidas pela exploração do immovel. A esterilidade do predio, sua destruição parcial e a perda total dos fructos não autorizam o foreiro a reclamar remissão do foro.

c) O direito de preferir a aquisição do dominio util, pelo mesmo preço, quando o emphyteuta o quizer alienar. E' o direito denominado outróra *protimeseas*. O seu fundamento é a conveniencia social da consolidação do dominio, tal como, no caso de compropriedade, no qual ha o direito de prelação conferido ao condomino, em fren-

te a estranhos. Se o senhorio directo pretende vender ou dar em pagamento o seu direito sobre o immovel aforado, compete, igualmente, ao foreiro o direito de preferencia, pelo que tambem ao senhorio directo, neste caso, é imposta a obrigação de dar aviso previo ao foreiro; e, se não a cumprir, o emphyteuta poderá exercer o seu direito de preferencia contra o adquirente pelo preço da aquisição. Esta é a solução dada pelo Codigo Civil portuguez, artigo 1.681, § 1.º, *b*, que merece adoptar-se, no silencio da lei patria, porque nelle se inspirou o nosso Codigo Civil, no attribuir ao emphyteuta o direito de prelação outróra attribuido, somente, ao senhorio directo. O antigo direito mexicano não dava a mesma força ao direito de preferencia do emphyteuta, que, não attendido no caso de alienação do dominio directo, podia, apenas, exigir perdas e danos.

d) A percepção do laudemio, no caso de não exercer o direito de preferencia (1).

e) Direito de consolidar o dominio, com a extinção do dominio util.

§ 69

DA INDIVISIBILIDADE DA EMPHYTEUSE

A relação juridica estabelecida entre o foreiro e o senhorio directo é declarada indivisivel, em proveito do ultimo. Não é ao immovel aforado que se refere, propria-

(1) A Ordenação, 4, 38, pr. conferia ao senhorio directo a faculdade de approvar ou recusar a escolha do adquirente do dominio util.

mente, essa qualidade, e sim, ao laço que une o emphyteuta ao senhorio directo, quanto ao immovel aforado.

Assim, quando, por effeito de partilha entre herdeiros, ou por outra razão de direito, o predio aforado vier a pertencer a varias pessoas, estas elegerão um cabecel, que as represente perante o senhorio directo; e se o não elegerem, devolver-se-á o direito de escolha ao senhorio directo (Codigo Civil, art. 690). Todas as questões referentes ao aforamento ou contra os foreiros são propostas contra o cabecel, que tem acção regressiva contra os seus consortes, na proporção das respectivas quotas.

Pode, entretanto, o senhorio directo concordar na divisão do prazo, e, então, cada gleba constituirá um prazo distincto (art. 690, § 2.º). E a lei dá essa faculdade ao senhorio directo, porque a indivisibilidade da emphyteuse foi estabelecida em beneficio d'elle, para facilitar-lhe a percepção do fôro, que a dispersão dos devedores tornaria incommoda. *Emphyteusis non natura sua, sed jura individua est*, disse MELLO FREIRE.

§ 70

DA EXTINÇÃO DA EMPHYTEUSE

A emphyteuse extingue-se:

a) Pela perda total do immovel aforado; porque, então, desaparece o objecto da relação juridica.

V. LAFAYETTE, *Dir. das coisas*, § 152, 3. Mas o Codigo Civil guardou silencio a respeito, restringindo assim, o direito do senhorio directo a exercer a sua preferencia ou acceitar o laudemio. Dispondo do direito de commisso, o senhorio directo não necessita de mais essa regalia.

b) Pelo usocapião do predio, adquirido por terceiro, que se torna proprietario livre. A emphyteuse estabelecida não se extingue pelo usocapião a favor do foreiro, que não pode adquirir contra o proprio titulo (1), além de que a relação emphyteutica é por lei declarada perpetua (Codigo Civil, art. 679). Esta ultima razão afasta a possibilidade legal de extinguir-se para o emphyteuta o aforamento pelo usocapião de trinta annos, que não exige titulo nem bôa fé, que se presumem, segundo o preceito do art. 550 do nosso Codigo Civil. Os dois alludidos requisitos, exigidos para o usocapião de dez e vinte annos, impedem a sua realização. Quanto ao senhorio directo, nem ha necessidade do usocapião, pois que tem por si o commisso.

c) Pela renuncia. Segundo estatue o Codigo Civil, art. 691, os credores do emphyteuta poderão oppor-se ao abandono gratuito do predio aforado ao senhorio directo, porque é doação que os prejudica. Neste caso, esses devedores prestam caução pelas pensões futuras, até que sejam pagas de suas dividas. Como a renuncia não produz effeito, se não fôr acceita, se o senhorio directo accital-a, responderá pelas dividas do foreiro ainda não pagas, e regulará a situação com os credores.

A renuncia acceita deve ser transcripta no registro de immoveis, como os outros factos de que resulta mutação de propriedade entre vivos.

d) “Pela natural deterioração do predio aforado, quando chegue a não valer o capital correspondente ao

(1) Codigo romano, 7, 39, l. 17, § 6; MACKELDEY, *Droit romain*, § 324, n. 5, nota 4; LAFAYETTE, *Direito das coisas*, § 156, nota 2; SILVA COSTA, *Revista juridica*, vol. X, p. 5 e segs.. Opina em sentido contrario S. VAMPRE, *Manual*, § 77, 3. No direito anterior, os escriptores debatiam esta questão, porque as normas do instituto não se apresentavam com a nitidez precisa.

fôro e mais um quinto deste” (Codigo Civil, art. 692, I). Se a deterioração resulta de culpa ou dolo do foreiro, responde este por perdas e danos, e essa responsabilidade pode, em dadas circumstancias, determinar a extinção do dominio util. O direito anterior, no caso de culpa ou dolo do foreiro, na deterioração do immovel aforado, comminava a pena de commissio (2).

e) “Pelo commissio, deixando o foreiro de pagar as pensões devidas, por tres annos consecutivos, caso em que o senhorio o indemnizará das bemfeitorias necessarias” (art. cit., II). Esta pena ha de ser decretada, judicialmente, por provocação do senhorio, na emphyteuse de immoveis particulares. Não resulta, automaticamente, do preceito legal, como bem decidiu o Supremo Tribunal Federal, em 1918, e o seu edicto ficou incorporado ás normas do direito patrio applicaveis á emphyteuse.

f) Pelo fallecimento do emphyteuta, sem deixar herdeiros, resalvado, naturalmente, o direito dos credores. E’ o caso de caducidade do aforamento (artigo citado III) (2-a).

g) Pelo resgate, decorridos trinta annos, depois de constituida a emphyteuse, mediante o pagamento de vinte pensões annuaes pelo foreiro.

O direito anterior não admittia o resgate, que flexiona o character de perpetuidade, proprio da emphyteuse. Mas

(2) Nov. 7, 3, § 2 e 120, 8; LAFAYETTE, *Direito das coisas*, § 156, 8, a); LACERDA DE ALMEIDA, *Direito das coisas*, § 93, 4.º, a).

(2-a) Na falta de herdeiros legitimos ou inscriptos, os bens se consideram vagos e entram para o patrimonio da União; mas, no caso de emphyteuse, a lei abre excepção a essa regra, pela conveniencia de liberar-se o immovel.

já o *Esboço* de TEIXEIRA DE FREITAS e, com elle, os outros projectos de Código Civil brasileiro, consignavam a faculdade do resgate.

Como alguns juristas houvessem descoberto antinomia entre a faculdade de resgatar o onus emphyteutico e a sua perpetuidade, esclareceu EPITACIO PESSÔA: "Nenhuma contradicção existe entre os arts. 679 e 693 do Código. O contracto de emphyteuse é perpetuo: esta é a regra. Decorridos, porem, trinta annos, poderá o foreiro resgatal-o: esta é a excepção. Emquanto o foreiro não usar desse direito, o contracto subsiste. Se nunca se quizer prevalecer delle, nunca deixará de existir o contracto. Os dois preceitos conciliam-se assim perfeitamente. A mesma coisa, aliás, se encontra em outros Codigos, como, por exemplo, o hespanhol, art. 1.608.

"Tambem não ha contradicção alguma no texto mesmo do artigo. O accordo entre as partes, que ahi se presume, não se refere á remissibilidade do aforamento, mas ao prazo dentro do qual pode effectuar-se o resgate. O que o Código quer dizer é que todos os aforamentos podem ser resgatados, trinta annos depois de constituídos, ou mesmo antes, se nisto convierem as partes" (3).

h) Pela opção no caso de venda, dação em pagamento ou acto equivalente, nos termos já expostos. Opera-se a consolidação do dominio na pessoa do senhorio directo, ou do foreiro, que passa (este ou aquelle) a ser proprietario pleno, livre do onus da emphyteuse.

(3) *Terrenos foreiros no Districto Federal apud MADRUGA, Terrenos de marinha*, II, p. 370.

Não se applica o direito de resgate aos aforamentos dos terrenos de marinha, accrescidos e outros bens da União (leis n. 1.230, de 31 de dezembro de 1920, art. 26, e n. 22.785, de 31 de Maio de 1933, artigo 1.º).

§ 71

LEGISLAÇÃO COMPARADA

Na França, antes do Código, havia o contracto emphyteutico. O Código, porém, não o mencionou. Desse silêncio resultou, logicamente, a opinião de muitos autores, de haver perdido a emphyteuse o seu caracter de direito real. A jurisprudencia, porém, orientou-se noutro sentido e sustentou a realidade dessa figura juridica. Por fim, em 1902, a lei de 25 de Junho deu consagração legal ao que havia firmado a jurisprudencia.

Segundo a lei vigente na França, a emphyteuse é direito real sobre immovel, temporario e susceptivel de hypotheca.

O Código Civil italiano regula a emphyteuse nos arts. 1.556 a 1.567. Pode ser perpetua ou temporaria. é resgatavel (art. 1.564), pode recahir sobre immovel culto ou inculto (1); é susceptivel de hypotheca. O senhorio directo (o Código italiano chama concedente) pode exigir a devolução do immovel emphyteutico, se o emphyteuta, depois de legitimamente interpellado, não paga o canon, durante dois annos consecutivos; se o emphyteuta deteriora o predio ou não cumpre a obrigação de melhora-lo. Os credores do emphyteuta podem intervir para assegurar os seus direitos, exercendo até, se houver necessidade, o direito de liberação, que compete ao emphyteuta; podem offerecer indemnização por perdas e danos e dar caução para o futuro. No caso de devolução, cabe ao emphyteuta o direito de ser indemnizado pelas bemfeitorias, que tiver

(1) STOLFI, loco citato, n. 809.

feito no immovel. As hypothecas constituídas sobre o direito do emphyteuta pagam-se, então, pelo preço devido em razão das bemfeitorias. E, no caso de liberação, pelo preço que esta alcançar (arts. 1.566 e 1.567).

O Codigo Civil allemão guardou silencio a respeito do aforamento; mas a lei de introdução o manteve na legislação dos Estados (2).

Os Codigos Civis suiso, argentino, uruguayo, chileno, boliviano, peruano e mexicano desconhecem a emphyteuse.

O portuguez consagra-lhe os arts. 1.653 a 1.688, sob a denominação de emprazamento, ou emphyteuse. E' contracto perpetuo, produz effeito contra terceiro, quando devidamente registado, não admitte clausulas contendo encargo extraordinario ou casual, a titulo de luctuosa, laudemio, ou qualquer outro. O prazo transmite-se por herança; mas não pode dividir-se em glebas, sem que nisso convenha o senhorio; na falta de herdeiro legitimo ou testamentario do foreiro, será o predio devolvido ao senhorio. Na falta de pagamento de fôro, o senhorio directo não tem outro direito senão o de haver os fóros em divida e os juros, desde a móra. Se o foreiro deteriorar o predio, de modo que o valor deste não seja equivalente ao do capital correspondente ao fôro e mais um quinto, o senhorio directo poderá recobrar o predio sem indemnização alguma. Se o foreiro quizer doar ou trocar o predio, deverá communicar-o ao senhorio, sob pena de continuar responsavel pelo pagamento das prestações. Se quizer vender ou dar em pagamento, dará aviso ao senhorio declarando-lhe o preço para que este exerça, se quizer, o seu

(2) Lei de introdução, arts. 59 e 63; ENDEMANN, *Lehrbuch*, II, § 11: *Emphyteuse, Erbpachtrecht*.

direito de preferencia; o mesmo direito de preferencia compete ao foreiro, no caso de querer o senhorio vender o fôro ou dal-o em pagamento. A prescrição é applicavel ao prazo.

§ 72

AFORAMENTO DOS TERRENOS DE MARINHA (1)

Terrenos de marinha são os que, banhados pelas aguas do mar, ou dos rios e lagoas até onde alcance a influencia das marés, vão até á distancia de 33 metros para as partes das terras, medidas do ponto, a que chega o preamar medio (2).

Terrenos accrescidos aos de marinha são os que, natural ou artificialmente, se formam além da linha do preamar medio, para a parte do mar ou dos rios e lagoas, até onde chega a influencia das marés.

Seguem o mesmo regimen dos terrenos de marinha e accrescidos, os de mangue na costa.

Regula, actualmente esta materia o decreto-lei numero 2.490, de 16 de Agosto de 1940, que dispõe, no seu

(1) *Theoria geral do direito civil*, § 43; EPITACIO PESSÔA, *Terrenos de marinha, Razões finaes do Procurador Geral da Republica*, 1904; CARVALHO DE MENDONÇA (J. X.), *Os terrenos de marinha e os interesses da União, dos Estados e dos Municípios*; RODRIGO OCTAVIO, *Domínio da União e dos Estados*, 2.^a ed., caps. V e VI; MADRUGA, *Terrenos de marinha*; ALFREDO VALLADÃO, *Direito das aguas*, parte primeira, cap. V.

(2) Instruções de 14 de Dez. de 1832, art. 4; dec. n. 4.105, de 22 de Fev. de 1868, art. 1, § 1.^o; aviso n. 373, de 12 de Julho de 1833; decreto-lei n. 2.490, de 16 de Agosto de 1940, art. 3. Este decreto-lei diz: *medidas do ponto a que chegava o preamar medio de 1831*. A determinação dessa linha é da exclusiva competencia da Directoria do Domínio da União e órgãos a ella subordinados.

art. 3: "A União não reconhece e tem por insubsistentes e nulas quaesquer pretensões sobre os terrenos de marinha . . . medidos do ponto, a que chegava o preamar médio em 1831. § 1.º A Directoria do Dominio da União providenciará, quanto antes, afim de que cesse de vez a posse mantida a qualquer titulo, com fundamento naquellas pretensões. E no art. 4 acrescenta: "A partir da vigencia do presente decreto-lei, não se concederão novas occupações de terrenos de marinha e accrescidos, continuando-se, entretanto, a receber as taxas actuaes e providenciando-se o recolhimento das porventura devidas, antes de resolvido o aforamento pleiteado por occupantes ou posseiros".

No art. 2.º ficara declarado que os terrenos de marinha, accrescidos e terrenos de mangue na costa, exceptuados os necessarios aos serviços da União e aos logradouros publicos, subordinam-se ao regimen de aforamento concedido pelo Governo Federal unicamente a brasileiros natos ou naturalizados.

Nos aforamentos concedidos de accordo com o referido decreto-lei, o fôro annual corresponderá a 0,6% do valor real do terreno, seja rural ou urbano (art. 19) e será pago, adeantadamente, até 31 de Março de cada anno (artigo 23, paragrapho unico, 1.º). O atrazo no pagamento do fôro, durante 3 annos consecutivos, importará na pena de commisso e immediata immissão de posse da União (n. 2).

O terreno aforado não pode ser vendido ou escambado, sem previa licença da Directoria do Dominio da União, sob pena de commisso (art. 23, paragrapho unico, 3.º, e art. 26, principio). A declaração de commisso independe de acção judicial (art. 28). Se a Fazenda Nacional não usar do direito de opção, cobrará o laudemio de 5% sobre o preço da transferencia ou sobre o valor do terreno (n. 4 e art. 26, 3.º). Todas as transferencias onerosas,

quaesquer que sejam as suas modalidades, estão sujeitas ao pagamento do laudemio, que se effectuará mediante guia expedida após o deferimento do pedido de licença (artigo 26, § 1.º). A Directoria do Dominio da União terá 30 dias para usar do direito de opção (art. 26, § 2.º).

Verificado o commisso, não satisfazendo o interessado o debito, no prazo de 30 dias, após a publicação do edital, poderá a União proceder a novo aforamento, mediante concorrência pública (art. 29).

O preço obtido em concorrência pelas bemfeitorias existentes no terreno, será entregue ao foreiro incurso em commisso, deduzido o debito de fóros e as despesas de avaliação e venda (art. 29, § 1.º).

As diferenças, que se encontram no regimen estabelecido pelo decreto-lei n. 2.490, de 16 de Agosto de 1940, em relação ao estabelecido pelo Código Civil, não alteram este ultimo; porque o referido decreto-lei se refere, exclusivamente, ao aforamento de terrenos de marinha, accrescidos e mangues da costa, bens da União, submettidos assim á lei especial, e que, aliás, gozam de situação privilegiada. Além disso, as medidas tomadas pelo referido decreto visavam resguardar interesses da Fazenda Nacional, compromettidos por irregularidades, indeterminações ou confusões de limites e outros pontos obscuros das concessões existentes. O Código Civil regula a emphyteuse de bens particulares, pertencentes a pessoas naturaes ou juridicas. A emphyteuse dos terrenos de marinha sempre se regeu por lei especial, ainda que se lhe applicassem preceitos do direito commum, naquillo em que não havia provisões proprias desse caso particular de aforamento. E a essa lei especial remetia o Código Civil, artigo 694 a emphyteuse e a subemphyteuse dos terrenos de marinha e accrescidos.

CAPITULO III

DAS SERVIDÕES PREDIAES (1)

§ 73

NOÇÃO E CONSTITUIÇÃO DAS SERVIDÕES

I. *Servidões são restricções ás faculdades de uso e gozo, que soffre a propriedade, em beneficio de al-*

(1) *Codigo Civil commentado*, III, aos arts. 695 e segs.; LAFAYETTE, *Direito das coisas*, §§ 114-136; ALMACHIO DINIZ, *Direito das coisas*, § 58; LACERDA DE ALMEIDA, §§ 62 e 63; JOSÉ MENDES, *Das servidões de caminho*; AGUIAR E SOUZA, *Tratado das servidões*; S. VAMPRÉ, *Manual*, II, §§ 80 e segs.; DIDIMO DA VEIGA, *Manual do Codigo Civil brasileiro*, IX, ns. 78 e segs.; JOSÉ DE ALENCAR, *A propriedade*, cap. V; COELHO DA ROCHA, *Inst.*, §§ 587 e segs.; LIZ TEIXEIRA, *Curso*, III, § 1 e segs.; PLANIOL, *Traité*, I, ns. 1.812 e segs.; PLANIOL, RIPERT et PICARD, *Droit civil français*, III, § 823 e segs.; N. STOLFI, *Diritto civile*, II, parte-segunda, ns. 256 e segs.; HUC, *Commentaire*, IV, ns. 260, 261 e 402-411; BAUDRY LACANTINERIE et CHAUVEAU, *Des biens*, ns. 790-819 e 1.071-1.092; LAURENT, *Cours*, I, ns. 617-623, 675 e 676; AUBRY et RAU, *Cours*, II, § 225 e III, § 238 e segs.; ZACHARIAE, *Droit civil français*, II, §§ 216, 332 e 333; *Code Civil allemand*, publié par le Comité de lég. étrang., II,

quem (2). Diz-se *predial*, quando recáe sobre algum imóvel avantajando outro; e *pessoal*, quando proporciona vantagens a alguém.

As servidões reaes recáem sobre predios rusticos ou urbanos. O predio, que soffre a servidão, chama-se *serviente*; e o que se avantaça com ella é o *dominante*.

A servidão predial adhere, permanentemente, aos imóveis, gravando o serviente e favorecendo o dominante (2-a) e os acompanha em todas as mutações da respectiva propriedade, pois que é direito real imóvel.

Ainda que a servidão real seja qualidade positiva ou negativa de predio rustico ou urbano, presuppõe, além de dois predios, dois proprietarios differentes, pois que é como todo bem juridico, em proveito de pessoas que são constituídas, e se os dois predios pertencem à mesma pessoa, esta de ambos se utiliza, sob todas as relações, no exercicio do seu direito de propriedade. Ninguem pode exercer o direito de servidão ou soffrer-lhe o onus sobre imóvel, que lhe pertença. *Nulli res sua servit*, affirmou PAULO (D. 8, 2, fr. 26).

A servidão predial se estabelece entre predios visinhos, de um dos quaes se destaca uma utilidade em pro-

notas ás ps. 627 e segs.; ENDEMANN, *Lehrbuch*, II, §§ 98-101; KOHLER, *Lehrbuch*, II, 2.^a parte, §§ 103 e segs.; DERNBURG, *Pand.*, §§ 232 e 233; WINDSCHEID, *Pand.*, §§ 200-210; SANCHEZ ROMAN, *Derecho civil*, III, cap. XVII; ROSSEL et MENTHA, *Droit Civil suisse*, II, ps. 112 e segs.; R. SALVAT, *Derecho Civil argentino* (derechos reales) II, ns. 1.776 e segs.; BONJEAN, *Institutes*, I, ns. 995 e segs.; CUQ, *Institutions des romains*, II, ps. 226-273; GIRARD, *Droit romain*, 5.^{me} ed., p. 359 e segs.

(2) JOSÉ DE ALENCAR insurge-se contra o termo *servidão*, que recorda escravidão, e por isso devia ser banido da linguagem do direito. Mas a palavra foi conservada e não se lhe nota qualquer idéa de ignominia; é expressão puramente economica.

(2-a) POMPONIO, D. 8, 1, fr. 15, § 1: *Servitutium non ea natura est ut aliquid faciat quis... sed ut aliquid patiat, aut non faciat*. CUJACIO disse: *sunt conditiones quibus jus unius praedii minuitur augetur alterius*.

veito do outro. Não é, porem, essencial que os predios sejam contiguos; algumas vezes se constitue entre predios afastados um do outro. A servidão de transito pode estender-se ao predio, que fica além do contiguo; e o mesmo poderá dar-se com a servidão de tirar aguas.

II. A servidão predial é *indivisivel*. Ainda que o predio dominante se divida entre varios donos, o direito activo da servidão se não altera; conserva a sua unidade, pois que é utilidade constituída em favor do immovel.

Considerando o lado passivo da servidão, tambem é indivisivel o onus, que grava o predio serviente.

Da indivisibilidade da servidão resulta que ella não pode ser adquirida nem perdida por partes. Como declara o art. 707 do nosso Codigo Civil, subsiste em caso de partilha, em beneficio de cada um dos quinhões do predio dominante, e continua a gravar cada um dos do predio serviente, salvo se, por natureza ou destino, só se applicar a certa parte de um ou do outro.

Tambem não pode ser demandada por partes. Se um dos condominos do predio dominante acciona o dono ou um dos comproprietarios do predio serviente, para fazer valer o seu direito, aproveita aos seus consortes, como prejudica os consortes do proprietario do predio serviente.

A servidão predial é *accessorio* do immovel; não existe sem o predio, a que adhire. Por isso não pode ser penhorada, nem hypothecada, nem cedida isoladamente. Acompanha a sorte do predio, como elemento da individualidade juridica do mesmo.

E' de *duração indefinida*, predicado, que, impropriamente, vem designado pelo nome de perpetuidade, porque o direito romano lhe attribuía uma causa perpetua, ponto de vista não acceto pelos juristas modernos. Diz-se, porem, que a sua duração é indeterminada, porque a servidão nunca é constituída por certo tempo. O direito de utilizar-

se alguém de certa vantagem sobre predio alheio, por tempo determinado é de caracter pessoal, assim como a obrigação correspondente.

III. *Constituição*. A servidão predial pode estabelecer-se por acto entre vivos, por testamento, ou por usocapião, por adjudicação nos juizos divisorios e por lei em favor da exploração de minas.

Constituída por acto entre vivos, a servidão exige escriptura publica, se o seu valor exceder a um conto de réis (Codigo Civil, art. 134, II) e, em todos os casos, transcrição no registro de immoveis, salvo a excepção do dec. n. 4.857, de 9 de Novembro de 1939, art. 178, a, n. X, que manda inscrever e não transcrever os titulos das servidões apparentes, para sua constituição. Esse mesmo artigo, letra *b*, não se refere á transcrição dos titulos de servidões apparentes.

O art. 697 do Codigo Civil declara que “as servidões não apparentes só podem ser estabelecidas por meio de transcrição no registro de immoveis”. Entendi e entendo que em face da systematica do Codigo Civil, nesta materia, que exige transcrição para a aquisição da propriedade immovel (art. 530, I e 531); que para a constituição e transmissão dos direitos reaes sobre immoveis não dispensa a transcrição dos respectivos titulos (artigos 676 e 586, III); parece irrecusavel que a intelligencia do art. 697 do Codigo Civil não pode ser outra senão esta: as servidões não apparentes não podem ser adquiridas por usocapião. E a razão de assim decidir-se é que lhes falta installação, para lhes dar expressão á posse, em que se funda o usocapião, e realidade á negligencia do proprietario cujo predio se onera.

Essa evidencia, entretanto, não foi reconhecida por alguns julgados, que, desatendendo á systematica do Codigo Civil, e apoiados num argumento *a contrario*, sustentaram que, se as servidões não apparentes somente se

estabeleceriam por meio da transcrição, é que todas as apparentes podiam dispensar essa formalidade. Nem sempre *inclusio unius* implica *exclusio alterius*. Por declarar a lei que a servidão não aparente somente se estabelece pela transcrição no registro de immoveis, não é de bôa hermeneutica, desprezando outros elementos elucidativos, concluir que as apparentes seguem outro regimen.

No emtanto, vingou essa modificação do Codigo Civil, passando da jurisprudencia para o regulamento numero 4.857, de 9 de Novembro de 1939, art. 178, que, na letra *a*, n. X, manda inscrever os titulos das servidões não apparentes e na letra *b*, ao indicar os titulos sujeitos á transcrição, não se refere aos das servidões apparentes. Isto é, as servidões não apparentes, para a sua constituição, devem ser inscriptas no registro de immoveis, e as apparentes dispensam o registro. No primeiro caso, apenas se modificou o Codigo quanto á formalidade da transcrição, que o regulamento substituiu pela inscrição; no segundo o onus real da servidão, por excepção á regra geral do art. 676 do Codigo Civil, dispensa a transcrição.

Tambem não considero que se ajuste á systematica do Codigo Civil, em materia de servidão, a estabelecida por *destinação do proprietario*. O caso é o seguinte: o dono de dois predios estabelece serventia visivel de um em favor do outro. Se, depois, aliena um delles, ou, por successão hereditaria elles se transmittem a donos differentes, a utilização do proprietario se transforma em servidão. Este modo de ver, que sustentou LAFAYETTE (3), com apoio em SILVA e LÔBÃO, assim como nos Codigos Civis do Chile e de Portugal, é inadequado perante o nosso direito civil actual.

(3) *Direito das coisas*, I, § 133, n. 3.

O direito romano classico desconhecia esse modo de estabelecer servidão, devendo esse direito constituir-se pela *mancipatio* ou pela *in jure cessio*, não podia fundar-se na destinação do pae de familia; foi o celebre glosador BARTOLO que introduziu essa innovação acceita, em seguida, e aperfeiçoada pelos juristas (4).

Como pelo direito romano as servidões se estabeleciam sob determinados modos, tambem no direito patrio codificado assim é. O Codigo Civil exige transcripção para todos os direitos reaes constituídos ou transmittidos por actos entre vivos e não abre excepção, quebrando o seu systema, para as servidões. Já vimos que o art. 697, qualquer que fosse a sua origem, ha de ser entendido segundo a systematica do Codigo Civil.

Consideremos os elementos da definição legal, que nos dá o art. 695 do Codigo Civil. *Impõe-se a servidão predial a um predio em favor de outro PERTENCENTE A DIVERSO DONO.* Está excluída a imposição desse onus a um predio em favor de outro pelo proprio dono. Continuando a fixar o conceito de servidão, assignala o Codigo Civil, no citado artigo, que ella determina a perda de um dos direitos dominicaes *por parte do proprietario do predio serviente*, ou a *obrigação de tolerar* que desse predio se utilize o dono do predio dominante. E', pois, conceitualmente, a coexistencia de proprietarios differentes, para estabelecer-se a servidão predial.

(4) N. STOLFI, *Diritto civile*, II, parte segunda, ns. 405 e segs., onde o caso vem exposto estensamente. Veja-se tambem ALFREDO BERNARDES, *Revista de direito*, vol. 78, p. 71.

GIRARD, *Droit romain*, 5.^a ed. ensina, fundado em GAIO (2, § 31), que, desapparecendo a mancipação e a *in jure cessio*, se introduzira o modo de constituir servidões por pactos e estipulações (*pacta et stipulationes*). No mesmo sentido: DERNBURG, *Pand.*, I, parte segunda § 251, 3 e notas, *Institutas*, 2, 3, fr. 3, pr. e D. 7, 1, fr. 25, § 7. Mas, apesar do que asseveram as fontes romanas, ha controversia entre romanistas a respeito.

Se attendermos, por outro lado, que a servidão se extingue, desde que o predio dominante e o serviente pas- sam a pertencer ao mesmo dono, parece inconsequente que ao proprietario se reconheça a faculdade de constituir servidão entre dois predios seus (5).

Entretanto, alguns dos nossos mais acatados juris- peritos acrescentam, aos modos legaes de estabelecer ser- vidões, o resultante do destino dado pelo proprietario a immoveis do seu patrimonio, um dos quaes, pelo menos, passa, depois, a outro dono, sem que do titulo de trans- missão conste o onus creado.

PHILADELPHO AZEVEDO disserta, erudita e longa- mente, sobre esta materia (6), para concluir pela possi- bilidade, em nosso direito civil actual, de se constituir ser- vidão, por destino dado pelo proprietario de dois predios.

Que o direito anterior admittia esse modo de consti- tuir servidão é certo e já ficou o factio reconhecido neste mesmo paragrapho e nesta mesma divisão d'elle. Negou-se, porem, que no direito romano classico existisse tal modo de instituir servidões. Sem duvida era possivel que ao pro- prietario de dois predios fosse licito instituir servidão sobre um em favor de outro por meio de legados, gratificando um dos legatarios com o predio dominante e outro, com o predio onerado. Mas ahi temos distribuição de bens da qual resulta constituição do direito real por testamento e não estabelecimento d'elle pelo factio de o proprietario tirar, em vida, utilidades de um predio seu em favor de ou-

(5) Em apoio da opinião aqui sustentada: ACHILLES BEVILAQUA, *Código Civil anotado*, ao art. 696, que cita um julgado a favor e outros contra.

(6) Com elle opinam ALFREDO BERNARDES e JAIR LINS, e devo re- conhecer que a jurisprudencia vae, com elles, modificando o *Código Civil*, nesta parte, embora sem vantagem.

tro, e permanecer tal situação com o gravame, ao transmittirem-se os predios a dois legatarios, sem que o testador faça referencia a esse estado das coisas. Tambem podia o proprietario, alienando dois predios seus na situação referida, transferir o onus de um sobre o outro; ou num delles instituir, como servidão, o serviço que estabelecera no exercicio de seu poder dominical, em proveito proprio, podendo até reservar para si o predio onerado. Haveria ahi estabelecimento de servidão por pacto e estipulação.

O que ensinam os romanistas mais autorizados e o que resulta do estudo directo do *Corpus juris civilis* é que os modos de constituir servidões, no direito romano eram: a principio, a *mancipatio* e a *in jure cessio*; e, depois os *pacta et stipulationes*. Foi BARTOLO o creador da servidão por destinação do pae de familia, talvez desenvolvendo pensamento de ACCURSIO (7).

A referencia ao direito romano illustra, mas não resolve a controversia. O que se deseja é extrahir do Codigo Civil, o seu pensamento exacto, e esse, estou convicto, é o que expuz. Tudo quanto se possa allegar em contrario valerá para reforma da lei, não exprime o direito constituido. Poder-se-á, sem duvida, alterar a doutrina do Codigo, por lei nova, como se fez em relação ás servidões apparentes; até lá, os preceitos da lei escripta resistirão; porque, alem das razões expostas, o art. 696 é peremptorio: *A servidão não se presume*. E a servidão por destinação do proprietario, silenciando o titulo, é presumpção.

IV. *Usocapião*. A servidão apparente pode constituir-se por usocapião de dez e vinte annos, havendo posse continua e incontestada, justo titulo e bôa fé, nos

(7) BRUGI citado por STOLFI (op. cit. n. 406), affirma que ACCURSIO — admittit a constituição tacita das servidões prediaes, presumindo sempre a clausula: *ut nunc est; nisi contrarium sit liquidum*.

termos do art. 551 do Código Civil. Se o possuidor não tiver título, o prazo do usucapião será de trinta annos; neste caso se presumem o título e a bôa fé (art. 550).

Quer se trate de usucapião ordinario, quer do extraordinario, de trinta annos, será transcripta, no registro de immoveis, a sentença declaratoria da posse da servidão apparente, para servir de título acquisitivo. O Código Civil, art. 698 e o decreto n. 4.857, art. 178, b, IX, somente se referem á posse por dez ou vinte annos, nos termos do art. 551 do Código Civil; mas não ha como excluir a sentença declaratoria, a que se refere o art. 550, desde que o usucapião de trinta annos se applica á aquisição de servidões apparentes (art. 698, paragrapho unico).

A servidão não apparente não se adquire pelo decurso do tempo, com título e bôa fé, ou sem esse predicamento, isto é, nem por usucapião ordinario nem por extraordinario, porque a ella não se ajusta a idéa de posse, que é exercicio de um poder de facto, manifestando-se por signal exterior, que exprima a sua continuidade incontestada. Por essa razão é que o Código Civil declarava não se poderem estabelecer senão por meio da transcrição no registro de immoveis.

§ 74

DA CLASSIFICAÇÃO DAS SERVIDÕES PREDIAES

I. As servidões dizem-se *rusticas* as que se referem a predios rusticos, que são os situados fóra dos limites das cidades, villas ou povoações, e *urbanas* as que se referem a predios urbanos, que são os situados dentro do perimetro das cidades, villas ou povoações e respectivos suburbios.

Entre as servidões rusticas, contam-se: a) as *de transito*, que têm por objecto a passagem atravez de terrenos vizinhos, para communicação de um predio com outro ou com a via publica.

“Nas servidões de transito, a de maior incluye a de menor onus, e a menos exclue a mais onerosa” (Codigo Civil, art. 705). Assim aquelle que tem direito a transitar pelo predio alheio com vehiculo, tem direito de passar a cavallo, ou a pé; mas aquelle que apenas tem direito de transitar a pé não pode introduzir, no caminho aberto para servidão, carro ou outro vehiculo.

O direito patrio não conservou denominações correspondentes ás romanas: *iter, actus, via*. *Iter* era a passagem do homem a pé, a cavallo ou liteira; *actus* era mais ampla, permittindo a passagem do homem e dos rebanhos; *via* de todas a mais onerosa, facultava até o transporte de materiaes em vehiculo. Todavia permaneceu o principio dominante: a mais lata include a menor, e a menos onerosa restringe-se ao que estabelece o acto que a constituiu (1).

(1) O art. 562 do Codigo Civil, numa redacção defeituosa, enigmatica, declara que as passagens e atravessadouros particulares, que cortam predios particulares, não se dirigindo a fontes, pontes ou lugares publicos são meras concessões ou factos de tolerancia. Não constituem servidão, e podem ser suppressos esses atravessadouros, quando assim o resolver o dono das terras atravessadas, não havendo titulo contttutivo de servidão.

Atravessadouro, definiu PEREIRA E SOUZA, é o *caminho particular que corta o terreno da propriedade alheia*.

Sobre esta materia leia-se JOSÉ MENDES, *Das servidões de caminho*, § 74.

O assumpto do art. 562 do Codigo Civil foi extrahido da *Consolidação das leis civis* de TEIXEIRA DE FREITAS, art. 957, que o tomou da lei de 9 de Julho de 1773, art. 12.

VIEIRA FERREIRA, *Ementas e emendas*, criticou a forma e a collocação desse dispositivo no corpo do Codigo Civil (p. 68-70). Veja-se tambem o meu Codigo Civil commentado, III, ao art. 562.

b) Servidão de passagem d'agua (*aquae ductus*), consistente no direito de trazer a través do predio visinho, agua que nos pertença ou de que nos podemos utilizar.

c) Servidão de tirar agua (*aquae haustus*) do predio visinho, onde exista fonte, poço, cisterna ou rio particular. Para esse effeito haverá o direito de passagem restricto ao fim da servidão.

d) Com referencia ao gado, existe a de levar-o a beber ou a pastar em terreno alheio.

As servidões urbanas podem ser convencionadas segundo as necessidades ou conveniencias dos proprietarios, se não bastarem as regras estabelecidas pelo direito de vizinhança (2). Destacam-se, entre as servidões urbanas, a de escoar aguas do telhado para o terreno visinho por goiteiras ou canos, a de levantar construcções, que impeçam a luz e a vista do predio visinho; mas o accordo dos visinhos intervirá para a solução dos casos, que se apresentarem, no interesse dos proprietarios de predios visinhos, cedendo um, se assim lhe convier, o de que o outro necessite.

II. As servidões tambem se dividem em *continuas* e *descontinuas*, *apparentes* e *não apparentes*.

Continuas são as que, uma vez estabelecidas, subsistem e se exercem, independentemente de acto humano. Tal é, por exemplo, a de passagem d'agua. Feitas as obras necessarias para o escoamento ou passagem da agua de um para o outro predio, a servidão se mantem, ainda que o seu exercicio se interrompa.

Descontinuas são as servidões, que dependem de acto humano para serem exercidas, como a de transito e de ti-

(2) Veja-se o § 41, VI.

rar agua. Os actos, em que se objectivam, realizam-se por intervallos.

Apparentes são as que se mostram por obras exteriores, como os aqueductos. As não apparentes escapam á inspecção ocular, como a de levantar edificio mais alto.

§ 75

DOS DIREITOS E OBRIGAÇÕES DOS DONOS DOS PREDIOS DOMINANTES E SERVIENTES

I. *Direitos dos donos da servidão.* O dono da servidão tem direito de fazer todas as obras necessarias á sua conservação e ao seu uso (Codigo Civil, art. 699). Egualmente lhe cabe o direito aos meios de exercer a servidão. Assim é que para exercer a servidão de tirar agua, tem o dono do predio dominante direito de transito até a fonte ou rio onde vae colher a agua.

O direito de fazer obras no predio serviente, para conservar ou facilitar o exercicio da servidão, importa o de depositar materiaes e introduzir operarios para realizal-as. As obras, porem, hão de ser feitas de modo a causar o menor incommodo ao dono do predio serviente, respondendo o titular da servidão pelos damnos, que causar ao predio serviente, inclusive os resultantes de falta de conservação das obras necessarias, ao exercicio da servidão (Codigo Civil, art. 704).

Somente se do titulo constitutivo do onus constar que o dono do predio serviente fará as obras necessarias ao exercicio da servidão, é que terá elle esse encargo, porque não é da natureza ou do conceito da servidão que o dono do predio serviente *aliquid faciat*. A servidão con-

siste em *aliquid pati vel nom facere*. A obrigação de fazer tem outro fundamento; nasce de estipulação expressa a respeito. E permite a lei que o dono do predio serviente obrigado a fazer as obras necessarias á conservação e uso da servidão, se exonere abandonando o predio, ou a parte delle sujeita á servidão, ao dono do dominante (Codigo Civil, art. 701) (1).

II. O dono do predio serviente tem obrigação de não embaraçar, de modo algum, o uso da servidão (Codigo Civil, art. 702). Assim é que não poderá fazer obras, que alterem, diminuam ou tornem incommodo o exercicio da servidão, nem constituir nova servidão em prejuizo da já existente. E'-lhe, porem, permittido "remover, de um local para outro, a servidão, comtanto que o faça á sua custa e não diminua em nada as vantagens do predio dominante" (art. 703). Se essa mudança causar prejuizo ao titular da servidão, poderá elle oppor-se. Não permite a lei brasileira que o titular da servidão tome a iniciativa de deslocar-lhe a séde, ainda que sem prejuizo para o predio serviente, como fazem algumas legislações (2). Sendo a servidão onus restrictivo do direito de propriedade, deve o dono do predio dominante exercer o seu direito nos precisos termos do seu titulo, sem qualquer ampliação ou modificação, salvo accordo com o dono do predio serviente. A este cabe a acção possessoria ou negatoria para conter o proprietario da servidão, nos limites do seu direito.

(1) D. 8, 5, fr. 6, § 2.º: *LABEO ... licere domino rem derelinquere, scripsit*; Codigo Civil francez, art. 639; italiano, 643; portuguez, 2.277; argentino, 3.023; uruguayo, 639, ultima parte; chileno, 819; venezuelano, 720.

(2) Codigo Civil italiano, art. 645, 2.ª parte; venezuelano, 722, 4.ª parte. A tradição do nosso direito sempre foi no sentido do texto (LAFAYETTE, *Direito das coisas*, § 118, nota 17).

O art. 706 do Código Civil, inspirando-se no de Zurich, consagra uma excepção ao principio de não agravamento do encargo imposto ao predio serviente, consagrado no art. 704; preceitua que, se as necessidades da cultura do predio dominante exigirem maior largueza na servidão, o dono do predio serviente supportará essa estensão, tendo, porem, direito a ser indemnizado.

Esse accrescimento do encargo somente se pode dar em attenção ao desenvolvimento da cultura preexistente, e não por mudança no modo de exercer a servidão. Além disso, é consagrada esta excepção em beneficio da agricultura. Não é applicavel a servidões urbanas.

O Código Civil suiso não contem esse dispositivo excepcional e estatue: "As necessidades novas do predio dominante não agravam, de modo algum, a servidão" (art. 789) (3). E' pensamento dominante na theoria das servidões.

§ 76

DA EXTINÇÃO DAS SERVIDÕES

I. As servidões prediaes extinguem-se:

a) Pela reunião dos dois predios, o dominante e o serviente, no dominio da mesma pessoa.

(3) O *Esboço* de TEIXEIRA DE FREITAS, como o *Projecto* de FELICIANO DOS SANTOS e o *Primitivo* desconheciam a excepção, que veio para o Código Civil pelo *Projecto* de COELHO RODRIGUES com o voto da Comissão revisora do Governo.

b) Pela supressão das respectivas obras, por effeito de contracto, ou de outro titulo expresso.

c) Pelo não uso durante dez annos (Codigo Civil, art. 710).

d) Pela renuncia do titular da servidão.

e) Pelo resgate da servidão (Codigo Civil, artigo 709).

A reunião dos dois predios no dominio da mesma pessoa extingue a servidão, porque esta, conceitualmente, presuppõe predios pertencentes a proprietarios differentes. *Dá-se confusão*, neste caso.

A supressão das obras, que manifestam a servidão e lhe permitem o exercicio, fazem presumir o desaparecimento do onus. A lei, porem, não se contenta com essa apparencia. Exige acto expresso, contracto ou outro titulo, do qual conste o fim para o qual se supprimiram as obras necessarias ao exercicio da servidão.

O não uso durante dez annos extingue a servidão. E' um caso de renuncia presumida. Pelo direito anterior, como pelo romano, o prazo do não uso era de dez ou vinte annos (1).

Conta-se esse prazo, nas servidões affirmativas, do momento em que cessa o exercicio, e nas negativas, do momento em que o dono do predio serviente inicia a pratica do acto, que devia ómittir (2). Ainda que o não uso resulte de força maior o effeito é o mesmo: decorridos dez annos, extingue-se a servidão (3).

(1) LAFAYETTE, *Direito das coisas*, § 134; Cod. 3, 34, l. 13.

(2) LAFAYETTE, *op. cit.*, § 134, 5 e notas 9 e 10.

(3) LAFAYETTE, *op. cit.*, § 134, 5 e nota 11, com apoio no direito romano, D. 8, 6, frs. 14 e 19, § 1.º; MOURLON, *Répétitions écrites*, n. 1850. e BORGES CARNEIRO, § 81, n. 17.

A renúncia de que se trata, como determinante do pe-recimento da servidão, é a expressa, revestida de forma ju-ridica adequada e realizada por pessoa capaz. A renúncia tacita apparece no caso de não uso.

O resgate da servidão resulta de contracto, para a extincção da mesma, entre os proprietarios dos predios, dominante e serviente.

A destruição de qualquer dos dois mencionados pre-dios tambem é apontada como causa extinctiva das ser-vidões; aliás é ociosa a referencia a esse caso, porque, ou desapareça o predio serviente ou o dominante, não ha possibilidade de servidão.

II. Extincta a servidão predial, ao dono do predio serviente cabe o direito de fazel-a cancellar no registro onde se acha transcripta. E' a formalidade do cancella-mento, que, legalmente, extingue a servidão, e o interes-sado o obtem provando a extincção (Codigo Civil, ar-tigo 711) (4).

Quando a servidão se extingue pelo não uso, ha dis-tincções a fazer. O prazo do não uso das servidões affir-mativas, conta-se do momento em que o dono ou possui-dor do predio dominante deixou de exercer a servidão. E o não uso das servidões negativas começa no momento em que o dono do predio serviente, pratica o acto prohi-bido. Se a servidão é continua, entende-se que cessa o uso, quando desaparece o estado de coisas, que a causava ou deixam de existir as installações necessarias ao seu exer-cicio. Nas descontinuas, a falta de exercicio é não uso. E'

(4) Estando hypothecado o predio dominante, e mencionando o ti-tulo hypothecario a servidão, não pode esta ser cancellada sem o assen-timento do credor (Codigo Civil, art. 712).

abandono do direito. Durante dez annos, por exemplo, o dono da servidão de passagem deixa de transitar pelo caminho que lhe permittia atravessar o predio alheio.

§ 77

LEGISLAÇÃO COMPARADA

I. Todas as legislações têm reconhecido e regulado as servidões prediaes. E poucas divergencias se encontram nellas a respeito desta materia. Salientarei apenas as seguintes:

a) Alguns Codigos, seguindo o francez, arts. 640 e seguintes, não distinguem os direitos de visinhança das servidões reaes e classificam estes ultimos encargos em: servidões derivadas da situação dos logares, servidões estabelecidas por lei e servidões estabelecidas por facto humano. Seguiram esse systema: o Codigo Civil italiano, artigos 533 a 638, ainda que alterasse a ordem dos agrupamentos; o portuguez, arts. 2.272 a 2.285, onde a divisão é entre servidões constituídas por facto do homem e servidões constituídas pela natureza da coisa ou pela lei; o venezueiano, arts. 627 a 705, segue a ordem do italiano; o chileno, arts. 833 a 884 (servidões naturaes, legaes e voluntarias).

Outros occupam-se das servidões reaes como direitos sobre immoveis alheios, estabelecidos por actos entre vivos ou *mortis causa*, e como direitos de visinhança as restricções ao exercicio normal da propriedade, que a lei estatue por motivo da proximidade dos predios rusticos ou urbanos. Foi o systema adoptado pelo nosso Codigo Civil,

de accordo com o allemão, que trata dos direitos de visinhança (*Nachbarrechte*) nos arts. 906 e seguintes, no titulo primeiro da terceira secção, consagrado ao conteudo da propriedade, e das servidões reaes (*Grunddienstbarkeiten*), nos artigos 1.018 a 1.029, titulo primeiro da quinta secção do mesmo livro terceiro do Codigo referente ao direito das coisas.

O Codigo Civil suiso regula as servidões reaes ao dispor sobre os direitos limitados (arts. 730 a 744); e as restricções á propriedade, em consequencia da visinhança, entram no capitulo dos efeitos da propriedade immovel (arts. 684 e seguintes).

A este systema adheriu o Projecto de reforma do Codigo Civil argentino: restricções e limites dos dominios, arts. 1.560 e seguintes; servidões reaes, arts. 1.673 e seguintes.

b) No § 73, acima, tratou-se da constituição da servidão real pelo propieterario que destina um de seus immoveis a servir outro. A these affirmativa brilhantemente sustentada por PHILADELPHO AZEVEDO (1), encontra apoio em alguns Codigos Civis, como: o francez, art. 692: La destination du père de famille vaut titre à l'égard des servitudes continues et apparentes, e 693; portuguez, artigo 2.274, que exige signaes apparentes e permanentes, que attestem a servidão; chileno, art. 881 e suiso, art. 732.

O Codigo Civil allemão adoptou norma differente (2). Não tendo estabelecido preceitos particulares para a constituição das servidões reaes, essa materia ficou re-

(1) *Destinação do immovel*, cap. IV.

(2) *Code civil allemand*, publié par le Comité de lég. étrangère, II, nota ao art. 1.018; ENDEMANN, *Lehrbuch*, II, § 99.

gulada pelas normas geraes estabelecidas para os direitos reaes sobre immoveis. Consequentemente, a servidão real constituída por acto entre vivos, presuppõe accordo de vontade e inscripção no registro predial, o que afasta a possibilidade de poder um proprietario constituir servidão entre dois predios seus.

Se, alienando um dos dois predios, fizer declaração de que qualquer delles está sujeito a determinado onus em proveito do outro, criou a servidão por titulo proprio, em que combinaram alienante e adquirente; e então, já um dos predios sahiu do patrimonio do alienante.

CAPITULO IV

DO USOFRUCTO

§ 78

NOÇÃO DE USOFRUCTO, SUA CONSTITUIÇÃO E OBJECTO (1)

I. *Noção* — *Usufructo é o direito real, conferido a alguma pessoa, durante certo tempo, que a autoriza a*

(1) LAFAYETTE, *Direito das coisas*, § 93; LACERDA DE ALMEIDA, *Direito das coisas*, § 64; CARVALHO DE MENDONÇA (M. I.), *Do usufructo, do uso e da habitação*; S. VAMPRÉ, *Manual*, II, §§ 88 e segs.; MARTINHO GARCEZ, *Direito das coisas*, §§ 231 e segs.; DIDIMO DA VEIGA, *Manual do Código Civil*, IX, parte segunda, ns. 382 e segs.; COELHO DA ROCHA, *Inst.*, § 607; SILVA CONTINENTINO, *Estudos, doutrina, julgados*, I, p. 21 e segs.; DUARTE DE AZEVEDO, *Controversias jurídicas*, ps. 247-252; BENEDICTO DE SOUZA, *Parecer nos Trabalhos da Camara*, III, ps. 109-110; PLANIOL, *Traité*, I, ns. 1.625 e segs.; PLANIOL, RIPERT et PICARD, III, ns. 756 e segs.; HUC, *Commentaire*, IV, ns. 162 e segs.; BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU, *Des biens*, ns. 430 e segs.; LAURENT, *Cours*, ns. 554 e segs.; AUBRY et RAU, *Cours*, II, §§ 266 e segs.; ZACHARIAE, *Droit civil français*, II, §§ 302 e segs.; *Code Civil allemand*, publié par le Comité de lég. comp., II, notas ao titulo sobre usufructo; ENDEMANN,

retirar, de coisa alheia, fructos e utilidades, que ella produz (Codigo Civil, art. 713) (1-a).

Ainda que alguns autores tenham lobrigado vestigios de usufructo em certos institutos, como o jubileu do povo hebraico e outras formas de divisão periodica das terras, a verdade historica parece estar, antes, com os que, somente em phase ulterior da evolução da propriedade, assinalam essa figura juridica.

Na Grecia, segundo faz notar BEAUCHET (2), os jurisconsultos e os philosophos não viram na faculdade de usar e fruir os bens, direitos distinctos da propriedade. São elementos essenciaes, que se não separam do dominio.

No direito romano, o usufructo apresenta-se como faculdade perfeitamente definida, de usar e gozar (*jus utendi fruendi*) a coisa alheia (*res aliena*), sem della dispor (*salva rei substantia*), porque ao proprietario estava reservado o direito de disposição, assim como o de fazer seus os productos extraordinarios da coisa.

Era uma servidão pessoal, que passou para o direito moderno, quasi sem alteração.

II. *Constituição* — Por quatro modos pode constituir-se o usufructo; pela lei, por contracto, por testamento e por usocapião.

O usufructo *legal* ou *legitimo*, do marido sobre bens da mulher, segundo o regimen estabelecido, o do pae ou

Lehrbuch, II, §§ 103 a 106; DERNBURG, *Pand.*, §§ 246 a 249; WINDSCHEID, *Pand.*, I, § 202 e segs.; CHIRONI, *Ist.*, § 164; R. SALVAT, *Derechos reales*, II, nrs. 1.488 a 1.737; N. STOLFI, *Diritto civile*, II, parte segunda, ns. 30 a 236.

(1-a) Curiosa definição do Codigo Civil portuguez: "O usufructo é o direito de converter em utilidade propria o uso ou producto de coisa alheia, mobiliaria ou imobiliaria."

(2) *Droit privé de la République athénienne*, III, p. 46, onde são invocados os testemunhos de ARISTOTELES e de DEMOSTHENES.

da mãe sobre bens do filho, resultam do direito de família; não são direitos reaes, no sentido tecnico da expressão; por isso a lei não os sujeita á transcripção, quando re-cõem sobre immoveis (3).

O usufructo constituido por contracto denomina-se *convencional*. Pode ser constituido pura e simplesmente, sob condição, a termo suspensivo ou resolutivo (mas sempre temporariamente), durante a vida, a titulo oneroso ou gratuito. Pode ainda constituir-se por meio de reserva, quando o proprietario, faz doação ou vende a propriedade de seu predio, retendo o uso e o gozo do mesmo por certo tempo.

E' de uso frequente o usufructo constituido por testamento. Sendo de immovel, o usufructo depende, para sua validade, como direito real, de transcripção no registro respectivo (Codigo Civil, art. 715). Pelo direito anterior ao codificado, somente o usufructo convencional estava sujeito a registro (4). Actualmente a transcripção é exigida quer para o usufructo constituido por acto entre vivos, oneroso ou gratuito, quer para o que se funda em disposição de ultima vontade.

Pode o usufructo resultar de usocapião ordinario ou extraordinario, quando aquelle que constituiu o usufructo não era proprietario, senão em apparencia. Como a respeito da propriedade, este modo de constituir usufructo depende de titulo habil, posse tranquilla, decurso de tempo (10 ou 20 annos) e bôa fé, ou somente posse incontestada por trinta annos.

(3) Codigo Civil, art. 715. Usufructo do pae ou da mãe sobre bens do filho, Codigo Civil, arts. 389; do marido sobre bens da mulher, artigos 260, I, 262, 265, 271, V, e 289, II.

(4) LAFAYETTE, *op. cit.*, § 95.

III. *Objecto*. — O usufructo pode recair sobre qualquer coisa das que se não consomem pelo uso, seja movel ou immovel. Uma universalidade de bens, como um patrimonio, ou parte delle, pode ser objecto de usufructo, como, egualmente, o pode uma coisa individualmente determinada: uma herança, os remanescentes, um predio, machinas, animaes.

Será *pleno*, se recair sobre todos os fructos da coisa, e *restricto* se alguns forem excluidos.

Em regra, os accessorios e accrescidos da coisa se comprehendem no usufructo, porque formam com ella uma unidade economico-juridica (Codigo Civil, art. 716). E' licito, entretanto, regular, de outro modo, os direitos decorrentes do usufructo, quanto á sua estensão, assim como ha accessorios, que não entram na regra geral, do que é exemplo o thesouro.

§ 79

DOS DIREITOS DO USUFRUCTUARIO

I. Os direitos elementares, que constituem o usufructo, são: *posse, uso, administração e percepção dos fructos* (Codigo Civil, art. 718).

Posse. O usufructuario tem a posse directa da coisa usufruida e o nú proprietario, o dono da coisa, que supporta esse onus real, tem a posse indirecta. A maioria dos Códigos Civis actuaes não destaca esse elementó do usufructo, que, aliás, é a base em que os outros assentam. Assim preceitua o Codigo Civil francez: "O usufructuario tem o direito de gozar os fructos de toda a especie, naturaes, industriaes ou civis, que possa produzir o objecto

do usufructo" (art. 582); o italiano, reproduz a mesma idéa: "Competem ao usufructuario todos os fructos naturaes ou civís, que possa produzir a coisa da qual tem o usufructo" (art. 479); o portuguez: "O usufructuario tem o direito de perceber os fructos, que a coisa usufruida produzir, quer esses fructos sejam naturaes, industriaes ou civís" (artigo 2.202). E assim outros (1).

O Codigo Civil allemão, porem, poz em relevo a posse do usufructuario: "O usufructuario tem o direito de posse sobre a coisa" (art. 1.036). O suíço diz que o usufructuario tem a posse, o uso e o gozo da coisa, assim como a gestão (art. 755). Foi o systema adoptado pelo Codigo Civil brasileiro. O direito romano tambem accentuava a posse do usufructo, como necessaria á fruição (2).

À posse do usufructuario, presupposto do uso, gozo, administração e percepção dos fructos, prevalece contra o nú proprietario e contra terceiros, razão pela qual, alguns a denominam absoluta, qualidade, aliás, que não se ajusta bem a uma posse, por conceito, limitada no tempo, e que não exclue a do nú proprietario, que pode fazer-se sentir em dadas circumstancias, como se verá em seguida.

II. *Uso* — No uso do usufructuario comprehende-se, tambem, o *gozo*. E' a utilização directa da coisa usufruida, tão estensa quanto a do proprietario, abrangendo os accessorios de qualquer natureza, se não ha restricção no titulo, que exclua algum. No uso e gozo include-se, naturalmente, a percepção dos fructos, que, entretanto, por

(1) Hespanhol, 471; austriaco, 511; argentino, 2.863; venezuelano, 566; mexicano, 989 e 990; uruguayo, 812; boliviano, 323; peruano, 924.

(2) D. 7, 6, fr. 5, § 1.º *In rem actio usufructuarius competat... quaeritur. Et JULIANUS... scribit, hanc actionem adversus quemvis possessorem ei competere.*

sua importancia, se destaca e considera á parte. Mencionam-se, ainda, entre as faculdades constitutivas do uso e gozo: a utilização das servidões, das alluviões, das machinas, dos animaes, dos foros e laudemios, se o usufructo tem por objecto o dominio directo (3).

Administração. A faculdade de administrar é inherente ao usufructo, para que a coisa usufruida possa ser utilizada, explorada e, no interesse do usufructuario, augmentada a sua capacidade economica.

III. *Percepções dos fructos.* — E' a faculdade de tirar da coisa tudo o que ella produz, natural ou artificialmente. A natureza da coisa usufruida e as modalidades de sua producção geram situações varias, que exigem normas adequadas.

A percepção dos fructos abrange os *fructos* propriamente dictos e os *productos*.

Fructos são as utilidades, que a coisa periodicamente, produz, *quidquid ex re nasci et renasci solet*. Dividem-se em *naturaes*, *industriaes* e *civis*. *Naturaes* são os que resultam do desenvolvimento proprio da força organica da coisa; *industriaes*, os devidos á intervenção do esforço humano; e *civis*, os resultantes da utilização da coisa frugifera por outrem, como rendas, alugueis, juros.

Dizem-se *pendentes* emquanto unidos á coisa, que o produziu; *percebidos* ou *colhidos*, depois de separados; *estantes* se, depois de separados, ainda se conservam para

(3) LAFAYETTE, *Dir. das coisas*, § 98; M. I. CARVALHO DE MENDONÇA, *Do usufructo*, n. 97, *in fine*. Ambos esses autores apoiam-se em LOBÃO e no *Digesto portuguez*.

qualquer effeito; *percipiendos* os que deviam ser, mas não foram colhidos; e *consumidos* os que já não existem (4).

Estas utilidades denominadas fructos, na terminologia juridica, evidentemente, não esgotam as que podem ser hauridas da coisa. Ha, tambem, os *productos*, utilidades, que se retiram da coisa, diminuindo-lhe a quantidade, porque não se reproduzem, periodicamente, como as pedras, os metaes. Cumpre, entretanto, observar que os *productos* são tratados como fructos, quando são utilidades provenientes de uma riqueza posta em actividade economica.

Fructos e *productos* pertencem ao usufructuario, que os colhe, sem haver necessidade de distinguir entre estas classes de utilidades, mas de accordo com as regras, que passam a expor-se, segundo as particularidades de alguns casos.

As questões suscitadas pelo rigor do direito romano quanto á apprehensão como acto pessoal do usufructuario, e outras em que se compraziam *analystas* de vario estylo, não nos devem mais preoccupar. O direito real do usufructo corresponde, quanto á utilização da coisa, ao do proprietario, salvo restricções consignadas no titulo. Não é o acto da percepção dos fructos que torna o usufructuario dono delles, e sim o direito de usufruil-os. Desappareceu do direito moderno a regra, segundo a qual o usufructuario só fazia seus os fructos com a colheita.

IV. *Cessão* — O usufructo, como servidão pessoal é incessivel. O usufructuario pode, porem, alienal-o ao

(4) *Theoria geral do direito civil*, § 39; RIBAS, *Curso de direito civil*, II, tit. 3.º, cap. 1.º, § 5.º; *Esboço* de TEIXEIRA DE FREITAS, arts. 372-375; LAFAYETTE, *Direito das coisas*, § 99; FELICIO DOS SANTOS, *Projecto*, arts. 189-192.

proprietario da coisa, excepção, que se justifica pela vantagem de libertar-se a propriedade dos onus, que, diminuindo-a, se reflectem na sua capacidade economica.

O principio da inalienabilidade do usufructo nos veio do direito romano, que, aliás, permittia a formação da opinião contraria adoptada pelo Codigo Civil francez, artigo 595 e outros (5). Se as Institutas (2, 4, § 3) ensinam que a cessão do usufructo a estranho é nulla, e POMPONIO (D. 23, 3, § 66) affirma que *usufructum a fructuario cedi non posse*, ULPIANO, por outro lado, escreve: *usufructuarius vel ipse frui ea re, vel alii fruendum, vel locare, vel vendere potest*. Explica-se que ULPIANO se referiu á venda do exercicio do usufructo, attribuindo-se um erro de technica ao grande jurisconsulto; mas a verdade é que nessa passagem, se fundou a doutrina da alienabilidade do usufructo, a qual, não obstante desnaturar a figura juridica do usufructo, encontrou larga acolhida nas legislações.

O direito patrio anterior (6), como o actual (Codigo Civil, art. 717), adoptara a opinião, que obedece á logica normal do instituto: o usufructo não se transfere a outrem, por acto do usufructuario, excepto ao proprietario. O Codigo Civil allemão (art. 1.059), o argentino (art. 2.870), o italiano (art. 492) e o venezuelano (artigo 579) perfilharam o mesmo principio.

V. *Exercicio*. — Se o usufructuario não pode transferir o seu direito de usufruir, permite-se-lhe ceder-lhe o

(5) Vejam-se os Codigos Civis: de Portugal (art. 2.207); Hespanha (480); Suissa (758); Chile (773 e 793); Uruguay (511); Mexico (1.002), que seguiram a corrente doutrinaria do francez.

(6) LAFAYETTE, *Direito das coisas*, § 101; LACERDA DE ALMEIDA, *Direito das coisas*, § 68; DIDIMO, *Manual do Codigo Civil*, IX, 2ª parte, n. 410.

exercício, a título gratuito ou oneroso (Codigo Civil, artigo 717, 2.^a parte).

Não ha subtiliza nesta provisão. *Direito*, em sentido subjectivo, é poder de acção, subordinado á ordem juridica, e *exercício* do direito é a realização desse poder. O usufructuario não pode, salva a excepção acima indicada, despojar-se do seu poder juridico, visto ser uma servidão pessoal, mas lhe é dado exercer por outrem, esse poder de extrahir do bem as utilidades, que elle produz.

Aquelle que exerce o usufructo, por cessão do usufructuario não exerce o direito real, de usufructo, que continua a ser do usufructuario. O cessionario do exercicio tem apenas direito obrigacional.

VI. *Thesouro*. — O thesouro, deposito antigo de moedas ou coisas preciosas, de cujo dono já não haja memoria, não é fructo nem producto do predio; mas é accessorio. Sob esta ultima relação, poderia conferir ao usufructuario direito á metade, quando achado por outrem. Entretanto o direito romano (7), a generalidade das legislações modernas (8) decidem, com o nosso Codigo Civil (art. 727), que esse direito cabe ao nú proprietario e não ao usufructuario. Se, porem, fôr este o inventor, cabe-lhe a metade do thesouro, por applicação do art. 607. E' que o thesouro, embora enterrado ou occulto no objecto do usufructo, não faz parte d'elle, não se liga a elle, do ponto de vista economico; apenas, por acaso nelle se encontra.

(7) D. 24, 3, fr. 7, § 22, *in fine*; 41, 1, fr. 63, § 3.

(8) Vejam-se: Codigo Civil francez, art. 598, *in fine*; hespanhol, 471, *in fine*; austriaco, 511, *in fine*; italiano, 494, *in fine*; allemão, 1.040; argentino, 2.868; uruguayo, 510, *in fine*; chileno, 786; venezuelano, 521, *in fine*; portuguez, 2.216.

VII. *Meação em obra divisoria* — O preço da meação em obras divisorias, como parede, cerca, muro, valla, não faz parte do usufructo, por não ser rendimento do predio. Essas obras pertencem aos proprietarios; e o preço pago pelo visinho em compensação da parte que lhe é cedida cabe ao proprietario, que a construiu (Codigo Civil, art. 727). Mas, se a construção da obra divisoria foi feita pelo usufructuario, tem elle direito á indemnização da metade do que despendeu. Tambem quando o usufructo recae sobre uma universalidade, ou sobre uma quota parte de bens, o usufructuario tem direito de receber o preço da meação da obra divisoria, pago pelo visinho (art. 728).

VIII. *Fructos pendentes* — O usufructuario, independentemente de indemnização das despezas de produção, faz seus os fructos naturaes pendentes ao começar o usufructo; são, porem, do proprietario, igualmente sem compensação de despezas, os naturaes pendentes ao tempo da cessação do usufructo (Codigo Civil, art. 721).

Esta regra, logica e simples, porque, exactamente, corresponde á idéa de usufructo, gozo da coisa usufruida, desde que se inicia a cessação do gozo, eis que termina o usufructo, não obteve acceitação unanime dos escriptores e dos Codigos Civis.

Consagram a mesma regra, que se encontra no brasileiro, os Codigos Civis seguintes: francez, art. 585; italiano, 480; argentino, 2.864; chileno, 781; venezuelano, 567; mexicano, 991; peruano, 927. Differem: o hespanhol, que impõe ao proprietario indemnizar o usufructuario, com o producto dos fructos pendentes, os gastos ordinarios da cultura, sementes e outros semelhantes (artigo 472); o portuguez (art. 203, § 1.º), cuja doutrina é identica á do hespanhol; o suiso, que dispõe: o proprietario ou o usufructuario, que realizou a cultura, pode exigir, por suas despezas, daquelle que recolhe o fructo, in-

demnização equitativa correspondente ao valor da colheita (art. 756).

A logica juridica offerece apoio irreductivel á doutrina do Codigo Civil brasileiro. Os fructos naturaes, emquanto pendentes, fazem parte do predio, *pars fundi videntur*; mas, iniciado o usufructo, salvo direito de terceiro sobre elles, os fructos pendentes pertencem ao usufructuario, por força do seu direito de usufruir o immovel, de accordo com as utilidades, que este contem. Cessando o usufructo, os fructos naturaes pendentes já não entram na esphera do poder juridico do usufructuario, pois que esse poder deixou de existir, e onde cessa esse poder começa a imperar o do proprietario.

Se, por ventura, o usufructuario tiver vendido os fructos pendentes e nesse estado dos fructos ocorrer a cessação do usufructo, o usufructuario não terá direito de receber o preço desses fructos, quando forem colhidos; e, se recebeu, por antecipação, deve restituir a somma recebida do comprador. Da mesma forma, se separa os fructos immaturos, prejudica o proprietario. Não vale dizer que, em relação ao uso e gozo do bem usufruido, se equipara o usufructuario ao proprietario, porque os fructos pendentes, na data da cessação do usufructo não são delle; colhendo-os antecipadamente desfalcou o que devia ser entregue ao proprietario.

O que se diz dos fructos naturaes, applica-se aos industriaes.

IX. *Animaes e arvores fructiferas* — Quanto ás crias dos animaes, quer o objecto do usufructo seja uma universalidade, como um rebanho, uma fazenda de gado, quer os animaes sejam individualizados, pertencem ao usufructuario, com a obrigação, porem, de inteirar as cabeças de gado existentes ao começar o usufructo (Codigo Civil, art. 722), de modo que o proprietario receba a coisa uso-

fruida, na quantidade, em que foi entregue ao usufructuario.

Differia o direito anterior, de accordo com o direito romano: as crias, sendo, como realmente são, fructos, pertenciam ao usufructuario, sem qualquer limitação, se os animaes dados em usufructo, eram coisas singulares; se, porem, eram considerados, como universalidade, um rebanho, por exemplo, era o usufructuario obrigado a substituir com as crias, os animaes, que perezessem (9). Não tendo feito a substituição, respondia o usufructuario perante o proprietario, pelo valor dos animaes mortos.

Com as arvores fructiferas, o principio é o mesmo. Se o objecto do usufructo é uma universalidade, uma chacara, por exemplo, o usufructuario a conserva e substitue as arvores, que morrerem por outras da mesma especie; se são arvores singulares que são dadas em usufructo, observa-se, tambem essa substituição, haja, ou não, culpa do usufructuario no perecimento da arvore. Consideram-se as arvores, em geral, como capital e não como fructo.

X. *Florestas e minas.* — Com as florestas e minas, o usufructo deve obedecer a principios semelhantes, considerando-as como coisas dadas para serem utilizadas, racionalmente, e segundo as regras estabelecidas para o aproveitamento desses bens (leis florestaes de producção agricola e outras analogas,Codigo de minas, decreto-lei numero 1.985, de 29 de Janeiro de 1940).

Mas o dono e o usufructuario, dentro das normas legaes, a que têm de obedecer, podem combinar o modo e

(9) LAFAYETTE, *Direito das coisas*, § 100, III; LACERDA DE ALMEIDA, *Direito das coisas*, § 67; COELHO DA ROCHA, *Inst.*, § 612; D. 7, 1, fr. 68, § 1.º e fr. 70, § 3.

a estensão dos respectivos direitos (Codigo Civil, artigo 725).

XI. *Fructos civis* — Os fructos civis, que se percebem dia a dia, pertencem ao proprietario, até o momento em que começa o usufructo; e são do usufructuario, desde então, até á data, em que cessa o usufructo (Codigo Civil, art. 724).

E' regra universal adoptada pelo direito romano e seguida pelas legislações modernas (10).

§ 80

DAS OBRIGAÇÕES DO USOFRUCTUARIO

I. *Inventario* — Como o usufructuario tem de restituir os bens, que recebe em usufructo, cabe-lhe antes de assumir o usufructo, inventarial-os á sua custa (Codigo Civil, art. 729), para exacto cumprimento da obrigação de devovel-os, como os recebeu, ao extinguir-se o seu direito.

Se os bens lhe são entregues especificados em uma relação, declarando-lhes o estado, não ha necessidade de levantar novo inventario; mas o usufructuario tem o direito de verificar a exactidão desse documento, que fixa a sua responsabilidade para a restituição.

(10) Codigo Civil francez, art. 586; italiano, 481; hespanhol, 474; suisso, 757; argentino, 2.865; chileno, 790; uruguayo, 505; peruano, 928; mexicano, 992; venezuelano, 568. Direito romano: D. 7, 1, fr. 26, § 1.º *in initio* e fr. 58; 19, 2 fr. 9, § 1.º *in medio*.

Não havendo essa relação, nem tendo o usufructuario inventariado os bens, pode o proprietario exigir que se faça o inventario, que define tambem direito seu.

Se o usufructuario, ou o proprietario, fôr menor ou incapaz, o inventario será feito com intervenção do juiz. Nos outros casos, é acto particular, que, levantado pelo usufructuario será entregue ao proprietario ou a quem o represente, e quando constar de relação dos bens dada no titulo do usufructo, ficará com o usufructuario.

II. *Caução* — O usufructuario recebe coisa alheia para administrar, usufruir, e, findo o usufructo, restituil-a, no estado em que a recebeu, salvo as deteriorações resultantes do uso normal do seu direito; em garantia da bôa conservação e restituição dos bens usufruidos prestará caução fidejussoria ou real, se lh'o exigir o proprietario (art. 729).

Esta obrigação refere-se a todos os usufructuarios, excepto os que o são por direito de familia e o doador, que reserva para si o usufructo dos bens doados (Codigo Civil, art. 730). E' clausula subentendida na constituição do usufructo desta ultima especie. Entende-se que tal é a vontade do doador, e que, em consequencia dessa vontade presumida, ou expressa, o usufructo assume forma particular. Deste modo de entender resulta que o proprietario não tem direito de exigir caução antes de firmar-se a relação juridica entre elle e o usufructuario. Pergunta-se, porem, se no curso do usufructo, occorrendo alienação do direito ou grave deterioração do bem, se o proprietario pode recorrer á medida assecratoria do seu direito dando fiança de administrar, como bom pae de familia, annullando a alienação. Nos outros casos, dispõe o proprietario dessas providencias; mas, no caso agora considerado, de usufructo constituido por doador, que se reserva esse direito, será a mesma a solução?

O meu parecer, neste caso, quanto á caução, é que ella não é exigivel, quer antes de estabelecer-se o usufructo, quer depois. A alienação, porem, acarretará a annullação do usufructo; e o bem, que a elle estava sujeito, ficará livre.

O instituidor do usufructo, em geral, pode dispensar a caução; todavia, se a administração ruinosa puzer em risco a conservação do bem usufruido, é justo que se reconheça no proprietario o direito de exigir a caução assecuratoria do seu direito, se não preferir promover a extincção do usufructo.

Cabe, tambem, ao proprietario o direito de exigir caução, se esta houver sido dispensada, quando, por effeito de desapropriação, ou reparação de damno, o objecto do usufructo se tiver transformado em coisa de genero differente; para a bôa conservação desta, o usufructuario dará caução sufficiente.

III. Se o usufructuario não quizer ou não puder dar caução sufficiente, determina o Codigo Civil, art. 730, perderá o direito de administrar o usufructo, passando os bens a ser administrados pelo proprietario, que ficará obrigado, mediante caução, a entregar ao usufructuario o rendimento delles, deduzidas as despezas da administração, entre as quaes se incluirá a quantia taxada pelo juiz em remuneração do administrador.

Esta solução, ainda que menos completa, era aconselhada por LAFAYETTE (1), que neste particular, se afastava, em parte, do direito, subsidiario do nosso, a esse tempo. A fonte do art. 730 do Codigo Civil foi o de Zurich, art. 292, cujo pensamento, aliás, não foi mantido

(1) *Direito das coisas*, § 103, 3.

pelo suíço, art. 762, que, na falta de segurança, exigida pelo proprietário nos casos, em que a lei lhe confere esse direito (art. 760), manda que o juiz retire, do usufructuario, a posse dos bens, até nova ordem, entregando-os a um curador. Também o direito romano entregava ao juiz a solução desse caso (2).

Variam as providencias tomadas pelas legislações. O Código Civil francez, art. 602, dispõe: se o usufructuario não encontra fiador, os immoveis serão alugados ou postos em sequestro; as sommas comprehendidas no usufructo serão collocadas; os generos vendidos e o preço da venda, egualmente, collocados. Os juros, as sommas e o preço das fazendas serão também collocados. E o art. 603 acrescenta: Na falta de fiança da parte do usufructuario, pode o proprietario exigir que os moveis pereciveis pelo uso sejam vendidos e collocado o preço, como o dos generos e, então, o usufructuario goza os juros, durante o seu usufructo; todavia o usufructuario poderá pedir, ao juiz, uma parte dos moveis para o seu uso pessoal, sob simples caução juratoria e com a obrigação de os restituir, no fim do usufructo.

O Código Civil chileno, art. 777, estabelece diversas providencias para o caso em que o usufructuario não presta a caução, a que é obrigado: o juiz adjudicará a administração ao proprietario, com a obrigação de pagar ao usufructuario o valor liquido dos fructos, deduzida a somma, que o juiz fixar pelo trabalho e cuidados da administração;

ou o proprietario tomará em arrendamento a coisa fructuaria; ou tomará por emprestimo a juros os dinheiros fructuarios, de accordo com o titular do usufructo;

(2) D. 7, 1, fr. 13, *pr.*, *initio*.

ou, ainda de accordo com o usufructuario, arrendará a coisa fructuaria e emprestará a juros os dinheiros;

poderá comprar ou vender as coisas fungiveis, pondo a juros as sommas que dahí provierem.

Os moveis, que forem necessarios ao uso pessoal do usufructuario e de sua familia, lhe serão entregues, mediante juramento de serem restituídos, em especie ou o valor respectivo, tendo-se em conta as deteriorações resultantes do tempo e do uso.

O argentino, art. 2.856, aproxima-se do francez e assim o uruguayo, 516 e 517. O peruano consigna a obrigação do usufructuario, quanto á garantia da utilização normal e a restituição da coisa fructuaria, art. 939; mas não estabelece providencia especial para o caso de não cumprimento dessa obrigação.

O portuguez, art. 222, determina que se o usufructuario não prestar a caução devida, poderá o proprietario exigir que os immoveis se arrendem ou se ponham em administração; que os moveis se vendam, que so capitaes, bem como a importancia das vendas se dêem a juros ou empreguem em fundos publicos, ou em acções de companhias, que dêem segurança; neste caso, as rendas, juros ou fructos dos bens administrados serão entregues ao usufructuario.

IV. M. I. CARVALHO DE MENDONÇA (3), acha incompleta a providencia do nosso direito para o caso agora examinado, porque os bens immoveis do usufructuario podem, facilmente, ser administrados pelo proprietario; mas em relação aos moveis e aos bens fungiveis, parece que a sua entrega ao administrador importa uma po-

(3) *Do usufructo* (1922), p. 179.

sitiva privação de gozo ao usufructuario; e propõe que se jam avaliados os bens, no momento da entrega ao proprietario, para que sobre ella se calculem os rendimentos, que, como fructos, devem ser prestados ao usufructuario.

Afinal, o que o douto civilista quer é a avaliação dos moveis, afim de haver uma base para o calculo dos rendimentos, que, aliás, parece incluída na formalidade da caução, a que é obrigado o proprietario, a quem é entregue a administração do usufructo.

V. O usufructuario encarrega-se das despesas ordinarias de conservação, assim como dos foros, pensões e impostos reaes devidos pela posse ou rendimento da coisa usufruida (Codigo Civil, art. 733). Incumbe-lhe, tambem: impedir usurpações, usar das servidões, para não se extinguirem pelo não uso, e, em geral manter a capacidade economica da coisa usufruida, ou melhoral-a.

Por *despesas ordinarias de conservação*, entendem-se as determinadas pelo reparo dos pequenos gastos, que o proprio uso da coisa impõe. As deteriorações resultantes do exercicio regular do usufructo não são imputaveis ao usufructuario. Se, porem, resultarem de culpa do usufructuario, por ellas responde elle (Codigo Civil, art. 733).

As reparações extraordinarias e as que não forem de custo modico incumbem ao proprietario; mas o usufructuario lhe pagará os juros do capital despendido com as que forem necessarias á conservação ou augmentarem o rendimento da coisa usufruida. Adverte o paragrapho unico do art. 734 do Codigo Civil que não se consideram modicas as despesas superiores a dois terços do liquido rendimento de um anno.

Pode, entretanto, acontecer que o proprietario não queira fazer as despesas exigidas com as reparações maiores, ou que excedam a dois terços do rendimento liquido do usufructo em um anno. O direito patrio não deu solução ao caso, pois que não estabeleceu sanção para o ina-

dimplemento do preceito imposto ao proprietario. Resultará, porem, para o proprietario o prejuizo da depreciação do valor do bem, ou augmento do valor das bemfeitorias, que podem autorizar a detenção do bem nas mãos do usufructuario.

As legislações civis encararam o caso examinado, por modo differente.

O direito romano eximia dessas despesas extraordinarias tanto o usufructuario quanto o proprietario, ao menos quando a deterioração vultosa provinha da ancianidade da coisa usufruida. *Si qua tamen vetustate corruisent, neutrum cogi reficere*. Mas qualquer delles poderia fazel-as, não sendo licito ao usufructuario ampliar nem diminuir as utilidades da coisa. *Neque autem ampliare nec utile detrahere posse* (4).

O Codigo Civil francez impõe ao usufructuario as reparações ordinarias e as grandes ao proprietario (artigo 605); define estas por meio de enumerações; e não coage o proprietario a fazel-as.

Pelo Codigo Civil italiano, incumbem ao usufructuario as reparações ordinarias e ao proprietario as extraordinarias (art. 501). O usufructuario poderá realizar as reparações extraordinarias, que o proprietario se recusar a fazer, tendo direito de ser reembolsado do valor das obras feitas, sem juros (art. 502). Se o proprietario executar as obras á sua custa, o usufructuario pagará durante, o usufructo, juros da somma gasta (art. 503).

Segundo o Codigo Civil portuguez, arts. 2.228 a 2.230, o usufructuario faz as reparações ordinarias, in-

(4) D. 7, 1, fr. 7, §§ 2 e 3. São pensamentos de ULPIANO com referencia a outros jurisconsultos como LABEÃO, CELSO, CASSIO, MARCELLO, NERACIO.

dispensáveis para a conservação da coisa. São ordinárias aquellas que, no anno, em que forem necessarias, não excederem dois terços do rendimento liquido desse anno. O usufructuario pode eximir-se de taes reparações, renunciando o usufructo. As reparações extraordinarias, das quaes o usufructuario dará aviso ao proprietario, serão feitas por este, se quizer. Não as fazendo, poderá o usufructuario fazel-as á sua custa, e pedir o valor, que tiverem, no fim do usufructo. Fazendo-as o proprietario, usufruil-as-á o usufructuario; no caso, porem, de augmentarem o rendimento liquido da coisa usufruida, o augmento pertencerá ao proprietario.

Como a generalidade dos Codigos Civis, o hespanhol (art. 500) confia os reparos ordinarios ao usufructuario e os extraordinarios ao proprietario (art. 501). Se o proprietario fizer as despesas extraordinarias, terá direito de exigir, do usufructuario, os juros legais da quantia invertida, emquanto durar o usufructo; se as não fizer, sendo indispensáveis, poderá fazel-as o usufructuario, que terá direito de exigir do proprietario, na extincção do usufructo, o augmento do valor, que obteve o immovel, em consequencia das mesmas obras, garantido esse direito com a retenção da coisa, até indemnizar-se com os productos (art. 502).

O Codigo Civil argentino (arts. 2.881 e seguintes) trata desta materia um tanto demoradamente. O usufructuario está obrigado a fazer as reparações necessarias á conservação da coisa e, ainda, as extraordinarias, quando exigidas pela falta de conservação. O usufructuario não pode eximir-se de fazer as reparações necessarias á conservação da coisa, renunciando o usufructo, salvo se devolver os fructos percebidos, desde que se tornou necessaria a reparação. Essas reparações não excederão a quarta parte da renda liquida annual, se o usufructo fôr oneroso, ou as tres quartas partes, se fôr gratuito. Reparaciones extraor-

dinarias são as necessarias para restabelecer ou reintegrar os bens, que se tenham arruinado ou deteriorado por veihice ou caso fortuito. Se o usufructuario fizer reparos, que não estão a seu cargo, não terá direito à indemnização. O proprietario não tem obrigação de fazer reparos extraordinarios, mas tem o de exigir do usufructuario os que ao mesmo incumbem; e se fizer gastos dos que estão a cargo do usufructuario terá direito de cobral-os.

O Codigo Civil do Uruguay, art. 523, declara que o usufructuario está obrigado, somente, aos pequenos reparos de simples conservação. Os maiores são da conta do proprietario, que os fará, se lhe convier; mas o usufructuario está na obrigação de dar-lhe aviso, sempre que fôr urgente a necessidade de fazel-os. Reparos maiores são os que convêm á utilidade permanente do immovel. Se o proprietario os faz, o usufructuario deverá pagar juros do capital nelles invertido. Não os fazendo o proprietario, poderá fazel-os o usufructuario, para salvar a coisa usufruida, e o proprietario reembolçal-o-á, sem juros, ao findar o usufructo (art. 524)

Estão a cargo do usufructuario os reparos menores e do proprietario os maiores, isto é, os que occorrem uma vez ou a largos espaços de tempo e concernem á conservação e permanente utilidade da coisa usufructuaria (artigos 796 e 798 do Codigo Civil do Chile). O proprietario, as fará, avisado pelo usufructuario, que pagará juros legaes dos dinheiros invertidos nellas. Se o proprietario recusar-se a fazel-as, ou retardar, poderá o usufructuario fazel-as á sua custa, e o proprietario o reembolçará, sem juros (5).

(5) Vejam-se ainda os Codigos Civis da Suissa, art. 764; venezuelano, 588-592; allemão, 1.041 e 1.047; mexicano, 1.018 e seguintes. A obrigação do usufructuario de attender as deteriorações do uso normal está na generalidade dos Codigos Civis.

VI. O usufructuario não responde pelas deteriorações resultantes do exercicio regular do usufructo; responde, porem, pelas que resultarem de sua culpa (Codigo Civil, art. 732).

VII. Se a coisa estiver segura, incumbe ao usufructuario pagar, durante o usufructo, as contribuições respectivas (Codigo Civil, art. 735, pr.). Se o usufructuario fizer o seguro, caberá ao proprietario o direito d'elle resultante, contra o segurador. Em caso de sinistro, durante o usufructo, no valor da indemnização ficará subrogado o direito do usufructuario (Cod. Civil, art. 735); mas a somma da indemnização pertence ao nú proprietario, a qual supportará o onus do usufructo, enquanto o mesmo durar.

Dar-se-á subrogação tambem nos casos de desapreciação da coisa fructuaria e de resarcimento de damno por terceiro responsavel (Cod. Civil, art. 738). Desaparece, com a desapropriação o objecto do usufructo; mas é substituido pelo preço da indemnização. O damno causado por terceiro ao objecto do usufructo pode ser total ou parcial. Sendo total, a importancia do resarcimento occupará o lugar do bem destruido, para o effeito do usufructo. Sendo parcial, será applicada a soma paga para resarcir o damno, no reparo dos estragos feitos.

VIII. A coisa dada em garantia de uma divida, pode ser objecto de usufructo. A obrigação do usufructuario, neste caso differe, se o objecto do usufructo fôr coisa singular, ou uma universalidade patrimonial. No primeiro caso, se o usufructo recáe sobre coisa singular ou parte della, o usufructuario não responde pelos juros da divida, que não são despezas ordinarias de conservação; responde por elles o proprietario, pois são encargos do capital. No segundo caso, se o usufructo recáe sobre coisa universal, ou parte aliquota de um patrimonio, responde o usufruc-

tuário pelos juros da dívida, por esse bem garantida (Codigo Civil, art. 736). O fundamento juridico desta distincção é que, no caso de ser objecto de usufructo uma coisa particular, o usufructuario tem apenas o direito de usufruir a coisa fructuaria; não responde, como usufructuario, pelas dividas do proprietario; e no caso de recahir o usufructo sobre um patrimonio ou parte aliquota do mesmo, nesse complexo de bens estão comprehendidos o activo e o passivo, direitos e obrigações, portanto responde o usufructuario pelas dividas comprehendidas no patrimonio, sejam hypothecarias ou simples. Supponha-se o usufructo sobre uma herança. As dividas da herança passam para o usufructuario, porque não ha bens senão depois de deduzido o dinheiro alheio.

O immovel, sobre o qual recáe o usufructo, pode ser penhorado por divida hypothecaria anterior ao usufructo. Não é o usufructuario que responde pela divida e sim o bem, que a garante.

§ 81

DOS DIREITOS E OBRIGAÇÕES DO NU-PROPRIETARIO

I. No correr da exposição da materia contida nos paragraphos anteriores, já ficaram indicados, incidentalmente, os direitos e obrigações do nú proprietario. Convem, entretanto, compendial-os destacadamente.

O direito principal do nú proprietario, o nucleo de onde os demais se irradiam, é o dominio limitado, ordinariamente em estado de quietude, porem que se manifesta e age, sempre que se faz necessario defendel-o ou tornal-o preponderante para não succumbir.

Ao nú proprietário cabem os seguintes direitos (1):

a) De exigir caução do usufructuario para segurança da bôa conservação e restituição da coisa fructuaria.

b) De administrar o usufructo, quando o usufructuario não quizer ou não puder dar caução sufficiente. Assumirá a administração prestando caução, e entregará ao usufructuario os rendimentos, deduzidas as despesas e a remuneração fixada pelo juiz.

c) A' metade do thesouro encontrado no predio usufruido.

d) A' indemnização pelo seguro e ao resarcimento do damno. Sobre a somma dahi resultante ficará transferido o seu dominio sujeito ao onus do usufructo.

e) Aos fructos pendentes no termo do usufructo.

f) De promover a extinção do usufructo, quando o usufructuario aliena ou deixa arruinar os bens usufructuarios.

II. A obrigação essencial do nú proprietário é nada fazer que possa, de qualquer modo, embaraçar ou restringir o exercicio dos direitos do usufructuario. *Ne deteriorum conditionem fructuarii faciat proprietarius, ricorda ULPIANO (D. 7, 1, fr. 17, § 1.º)*. Salvo para defender o seu direito de proprietario, que o usufructo limita, emquanto perdura, a attitude do nú proprietario é passiva.

(1) Codigo Civil, arts. 721, 727, 729, 730, 731, 735 e 738.

§ 82

DO USOFRUCTO IMPROPRIO

O usufructo, sendo o direito de retirar de coisa alheia as vantagens, que ella produz, tem, naturalmente, por objecto coisas, que não se consomem pelo uso normal; se, porem, o seu objecto é coisa, que se consome pelo uso, a figura jurídica é um quasi-usufructo ou usufructo improprio. Cabe-lhe o nome por ter algumas regras communs com o usufructo, mas d'elle differe, porque o quasi-usufructuario tem direito de disposição, e, terminada a relação jurídica, por isso que seria impossivel restituir a coisa fructuaria, dá outra da mesma qualidade e na mesma quantidade, ou o respectivo valor, pelo preço corrente no tempo da entrega (Cod. Civil, art. 726). Se, porem, constar avaliação no titulo constitutivo do usufructo improprio, o quasi-usufructuario pagará o objecto do quasi-usufructo pelo preço da avaliação (§ unico do mesmo artigo).

Se o objecto da relação jurídica é um titulo de credito, o quasi-usufructuario pode dispor das sommas, que os titulos renderem. Se as collocar em outros titulos, o proprietario poderá recusal-os e exigir o pagamento em dinheiro (art. 719).

Se o quasi-usufructo recáe sobre uma universalidade de direitos, como uma herança, ensina LAFAYETTE (1), com apoio no direito romano, o direito do usufructuario é reguíado, como verdadeiro usufructo, quanto ás coisa:

(1) *Direito das coisas*, § 110, 5.

não fungíveis e como quasi-usufructo em relação ás fungíveis.

Quando o quasi-usufructo recáe sobre um estabelecimento commercial, cujos objectos se destinam á venda, a situação nada offerece de particular. Findo o quasi-usufructo, o quasi-usufructuario ou entrega coisas do mesmo genero e na mesma quantidade, ou paga o valor da estimação feita ao constituir-se o quasi-usufructo.

§ 83

DA EXTINCCÃO DO USUFRUCTO

O usufructo extingue-se pelos modos seguintes:

I. *Pela morte do usufructuario*, porque o usufructo, é servidão pessoal; não passa alem do individuo, a quem beneficia. Pode o usufructo ser conferido, simultaneamente, a differentes pessoas, que devem existir no momento da constituição da relação juridica, visto como os dois sujeitos della, o usufructuario e o proprietario, devem coexistir. *Constituido o usufructo em favor de dois ou mais individuos, extingui-se-á, parte a parte, em relação a cada um dos que fallecerem* (Codigo Civil, art. 740). Não ha direito de accrescer entre usufructuarios conjuntos, salvo havendo estipulação expressa, na constituição entre vivos (art. 740). A conjunção entre legatarios de um usufructo implica o direito de accrescer entre elles, salvo disposição em contrario (art. 1.716).

II. *Pelo termo de sua duração*. A morte extingue o usufructo vitalicio. Mas o titulo do usufructo pode es-

tabelecer prazo menor para a sua duração. O uso não pode prolongar-se além da vida do usufructuario; pode, porem, ter duração mais curta. Se a morte do usufructuario se verificar antes do termo fixado para a duração d'elle, com ella se extingue o usufructo, que é servidão pessoal. O usufructo constituido em favor de pessoa juridica, sem designação de prazo, extingue-se com esta, ou, se ella perdurar, aos cem annos da data, em que se começar a exercer, decide a lei brasileira (Cod. Civil, art. 741). Este preceito nos veio do direito romano, D. 7, 1 fr. 56: *placuit centum annis tuendos esse municipales, quia is finis vitae longevi hominis est.* E' GAIO o autor deste fragmento, cuja idéa é reproduzida no mesmo D. 33, 2, fr. 8.

As legislações modernas regulam esta materia, mas ou não estabelecem limitação de tempo como o Codigo Civil austriaco, art. 529 e o allemão, 1.061: termina com a pessoa juridica; ou fixam prazos reduzidos, como: o francez, art. 619 e o italiano, art. 518: 30 annos; o argentino, art. 2.920, e o mexicano, art. 1.040: 20 annos. O suisso, art. 749 pronunciou-se pelos cem annos do direito romano e patrio.

III. O termo do usufructo seja de pessoa natural ou de juridica pode ser determinado *pelo fim*, a que se destina ou *pela causa de que se origina*. E' o preenchimento do fim ou a supressão da causa, que extingue o usufructo. O termo, então, é incerto quanto ao tempo em que sobrevirá.

Este caso reduz-se ao antecedente, porque é o advento do termo, num e noutro, que faz cessar o direito.

IV. *A destruição total da coisa* põe termo ao usufructo, porque deixa de existir o seu objecto. Esta provisão não se applica, naturalmente ao usufructo improprio, que récae sobre coisa fungivel. No usufructo verdadeiro ou proprio, se a coisa usufructuaria fôr desapropriada

da, sinistrada ou destruída por acto culposo de alguém, transfere-se para o preço da indemnização dada pelo desapropriante, pelo segurador ou pelo causador do damno, o onus do usufructo.

Se a coisa não estiver segura ou o damno deixar de ser resarcido, desaparece o usufructo com a destruição total da coisa. Se a destruição fôr parcial, subsiste o usufructo na parte restante da coisa fructuaria.

Quando, em vez da destruição, ha transformação da coisa fructuaria, por caso fortuito ou força maior, sobre o novo objecto se transfere o usufructo, desde que esse objecto offereça utilidade. Não ha firmeza de doutrina nesta solução. O direito romano considerava a *mutatio rei* modo definitivo da extinção do usufructo (1). Nem o solo nem os escombros do edificio, que desmorona ou é incendiado, cabem ao usufructuario. O direito francez adoptou a mesma orientação. A extinção pela perda total é absoluta e definitiva (Codigo Civil, arts. 615 e 616). Da mesma forma, dispõe o art. 2.246, principio: "Se o usufructo fôr constituido em algum edificio e este se destruir por qualquer causa, não terá o usufructuario direito a desfructar nem o solo nem os materiaes restantes". E ainda o argentino, 2.935, uruguayo, 539, chileno, 807.

O Codigo Civil brasileiro não se collocou ao lado das legislações acima citadas. Não se occupando com o caso especial da *mutatio rei*, abriu espaço para a formação juridica acima exposta: se a coisa sobre a nova forma é inutil, de modo geral, ou inapplicavel ao fim, a que se destinava, extingue-se o usufructo, porque, por conceito, este

(1) Inst. 2, 4, § 3; D. 7, 4, fr. 5, § 2.º: *Rei mutatione interire usum fructum placet... Nec areae nec cementorum usumfructum deberi accrescenta o fragmento de ULPIANO referindo-se á casa incendiada.*

direito real consiste na tirada de utilidades da coisa alheia, em proveito do beneficiario (2).

V. Quando o usufructuario adquire a propriedade da coisa, desaparece, por esse mesmo facto, o usufructo, porque o direito de uso e gozo, que, anteriormente, era exercido sobre coisa alheia, passa a ser exercido sobre coisa propria. Denomina-se esse caso de *consolidação*, por se reunir numa só pessoa, a do usufructuario, as duas qualidades, a de usufructuario e a de proprietario. Este é o caso mais geral. Mas, se o nú proprietario adquirir o usufructo, haverá tambem consolidação.

VI. Pela *prescrição* de dez ou vinte annos se extingue a acção real para exigir o usufructo e o proprietario adquire a plenitude do dominio, por esse facto, livre do onus, que o limitava.

Pelo direito patrio anterior (como pelo direito francez, Codigo Civil, art. 617, italiano, 515, e venezuelano, 601), o não uso extingua o usufructo, no fim de trinta annos.

O Codigo Civil argentino, art. 2.924, determina que o não uso extingue o usufructo no fim de dez annos entre presentes e em vinte, entre ausentes. E, no art. 2.942, admite a prescrição no sentido de usocapião de terceiro, como causa extinctiva do usufructo, no fim de trinta annos.

Entre nós, o usocapião ordinario ou extraordinario pode constituir usufructo em favor, daquelle que exerça esse direito pelo tempo e nas condições, que a lei estabe-

(2) Neste sentido tambem se pronunciou M. I. CARVALHO DE MENDONÇA, *Do usufructo*, n. 128.

lece. Se outrem era titular do usufructo, contra elle prevalecerá o usocapião.

VII. Se o usufructuario, culposamente, aliena, deteriora, ou deixa arruinar os bens do usufructo, não lhes acudindo com os reparos de conservação ou ordinarios, a que é obrigado, perde o seu direito. Visa esta regra o usufructo perfeito. No quasi-usufructo a coisa fructuaria se consome pelo uso normal, que della faz o usufructuario.

Como observa M. I. CARVALHO DE MENDONÇA (3) “esta causa de extincção não opera de pleno direito; é sempre necessario que seja declarada por sentença, que retroage ao dia da demanda”.

Entendem alguns que, no caso de extincção do usufructo, por culpa do usufructuario, podem intervir os credores deste, offerecendo-se para reparar os damnos. A controversia não se refere á alienação, que é acto nullo. Considero melhor opinião a dos que entendem que os credores do usufructuario não têm direito de intervir na acção proposta pelo nú proprietario (4), decisão que não exclue, naturalmente, qualquer accordo que seja acceto pelo nú proprietario.

VIII. A *renuncia* do usufructuario extingue, necessariamente, o usufructo. E' a alienação gratuita que aproveita ao nú proprietario. A renuncia não deve ser feita em fraude aos credores, que, nesse caso, poderão pedir a sua annullação.

Ha de ser expressa, referente á totalidade do direito e feita por pessoa capaz. A renuncia onerosa é forma de venda, que somente ao proprietario pode ser feita.

(3) *Do usufructo*, n. 131.

(4) AUBRY et RAU, *Cours*, II, § 234.

CAPITULO V

DO USO (1)

§ 84

DAS NORMAS REGULADORAS DO USO

Uso é o direito real temporario, que autoriza extrahir da coisa alheia as utilidades exigidas pelas necessidades do usuario e de sua familia (Codigo Civil, art. 742).

No direito romano, o uso não soffria a limitação indicada a respeito das necessidades do usuario e de sua familia, como característica dessa figura juridica. Excluia-se

(1) LAFAYETTE, *Direito das coisas*, § 76; M. I. CARVALHO DE MENDONÇA, *Do usufructo, do uso e da habitação*, ns. 152 e segs.; DIDIMO, *Manual do Codigo Civil*, vol. IX, ns. 576 e segs.; COELHO DA ROCHA, *Instituições*, § 622; PLANIOL, *Traité*, I, ns. 1.803-1.806; PLANIOL, RIPERT e PICARD, *Traité*, III, ns. 880 e segs.; HUC, *Commentaire*, ns. 252 e segs.; BEAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU, *Des biens*, ns. 774-789; LAURENT, *Cours*, I, ns. 611-616; AUBRY et RAU, *Cours*, II, § 237; ENDEMANN, *Lehrbuch*, II, § 107; WINDSCHEID, *Pandectas*, § 207; DERNBURG, *Pandectas*, I, § 250; CHIRONI, *Istituzioni*, § 170; N. STOLFI, *Diritto civile*, II, parte segunda, ns. 237 e segs..

do *usus* o attributo *fruendi*; mas o rigor primitivo se atenuou, de certo modo. O uso de um predio rustico abrangia o direito de habital-o e colher os fructos occorrentes para o usuario e sua familia e hospedes; o uso de uma floresta autorizava a venda dos fructos e o corte das arvores; o uso de um rebanho importava no direito ao consumo do animal e do leite, na quantidade necessaria (2). O instituto não adquirira, ainda, linhas precisas.

II. O uso é direito real, que pode recahir sobre coisas moveis ou immoveis; que provê as necessidades do seu titular e da familia do mesmo; cujo exercicio não pode ser cedido, como no usufructo.

As necessidades pessoas do usuario e de sua familia medem-se por sua condição social e pelo logar, onde vivem (Codigo Civil, art. 743). Essas necessidades variam com as modificações da existencia do individuo; são as que elle sente, no momento. Não são necessidades pessoas as determinadas pela actividade industrial ou commercial do usuario.

As necessidades da familia do usuario são as do seu conjuge, dos filhos solteiros, ainda que illegitimos e das pessôas do seu serviço domestico (Cod. Civil, art. 744). Na classe dos filhos entram, somente, os que vivem com o usuario. Excluem-se os casados de ambos os sexos. Incluem-se os adoptivos, que são equiparados aos legitimos.

III. O uso regula-se, quanto ao gozò das utilidades, do bem a elle sujeito, pelas normas do usufructo, que não

(2) São exemplificações colhidas em N. STOLFI, *loco citato*, com apoio nas fontes romanas, que menciona, a p. 103, n. 237. Veja-se, tambem, LAFAYETTE, *Direito das coisas*, § 112, 4.

forem contrarias á sua natureza (Cod. Civil, art. 745). Assim, o usuario deve: prestar caução real ou fidejussoria para garantir a conservação e a restituição do bem dado em uso; tratá-la como se fôra sua propria; não crear dificuldades ao exercicio do direito do proprietario, quanto ao cultivo da terra, por exemplo, e á colheita dos fructos; supportar, na proporção do valor das suas vantagens, as despezas de conservação e os onus, a que a coisa estiver sujeita, despezas e onus que tambem incumbem, ao proprietario; se a coisa não produz fructos, e o uso lhe absorve todas as utilidades, as despezas e os onus indicados recáem, exclusivamente, sobre o usuario (3).

IV. Constitue-se por convenção, testamento ou usocapião.

V. Extingue-se o direito real de uso pelos modos pelos quaes se extingue o usufructo. Se fôr vendida a coisa sujeita a uso, este a acompanha na mutação da propriedade, porque é direito real.

Se não fôr estipulado prazo ao direito de uso, entende-se que é vitalicio.

(3) LAFAYETTE, *Direito das coisas*, § 112; M. I. CARVALHO DE MENDONÇA, n. 162; DIDIMO, *Manual do Codigo Civil*, IX, n. 586.

CAPITULO VI

DÁ HABITAÇÃO

§ 85

DAS NORMAS REGULADORAS DA HABITAÇÃO

I. *Habitação é o direito real de habitar, gratuitamente, casa alheia.* O titular deste direito não pode emprestar, nem alugar a casa, mas, apenas occupal-a com a sua familia (Codigo Civil, art. 746).

E' uso limitado e regula-se, no que lhe fôr applicavel, pelas normas do usufructo.

Como o usuario, o habitador não é obrigado a reparações, e o seu direito, não havendo limitação no titulo, dura com a sua vida. Limitando-se ao direito de morar, não pode a habitação abranger o uso da casa para estabelecimento industrial ou commercial, salvo se nella reside o habitador.

Se esse direito fôr conferido a mais de uma pessoa, qualquer dellas, que habite sosinha a casa commum, não terá de pagar aluguel á outra ou ás outras, que não queiram usar do mesmo direito (Cod. Civil, art. 747).

II. O direito romano, distinguindo a *habitatio* do *usus* e do *usufructus*, dava-lhe o caracter de direito especial (*quasi proprium aliquod jus* (1)). O *habitor* podia morar na casa ou alugar-a. Estava obrigado a dar caução.

O Codigo Civil francez reune, em um só capitulo o uso e a habitação (arts. 625 a 636), considera-os direitos reaes, o gozo dos quaes depende, como o do usufructo, de previo inventario e caução. O direito de habitação restringe-se á morada do seu titular com a familia. A casa não pode ser alugada nem cedida. O Codigo Civil italiano, arts. 521 a 530, dispõe semelhantemente. Não discrepam o hespanhol, arts. 523 a 529, o portuguez, arts. 2.254 e 2.261, o chileno, arts. 811 a 819 e o venezuelano, artigos 606 a 613. O argentino, ainda que mais minucioso, arts. 2.948 a 2.969, não se afasta das linhas geraes do instituto, segundo as traçam os Codigos acima citados.

O peruano trata, no mesmo capitulo, do usufructo, do uso e da habitação, consagrando, particularmente, ás duas ultimas figuras de direito, os arts. 951 a 954, porque, de modo geral, predominam as regras estabelecidas para o usufructo.

(1) Inst. 2, 5, § 5.º; D. 7, 9, fr. 5, § 2; Cod. 3, 33, lei 13; BONJEAN, *Institutes*, I, n. 1.073. Difieria tambem a *habitatio do usus aedium*, o qual se extinguia pelo não uso, modo de extinção estranho á *habitatio*.

CAPITULO VII

DA RENDA CONSTITUIDA SOBRE IMMOVEL (1)

§ 86

DADOS HISTORICOS

O direito portuguez conhecia os *censos reservativos* e os *consignativos*. Pelo primeiro, uma pessoa, alienando um predio, a titulo oneroso ou gratuito, reservava para si uma pensão annual a ser paga pelos fructos. Pelo segundo.

(1) S. VAMPRÉ, *Manual cit.*, II, § 96 a 99; DIDIMO, *Manual do Código Civil*, IX, ns. 598 e segs.; COELHO DA ROCHA, *Inst.*, §§ 583 a 586, e notas BB e CC no fim do vol.; PLANIOL, *Traité*, I, n. 885 e segs.; PLANIOL et RIPERT, III, avec le concours de M. PICARD, ns. 1.003 a 1.005; HUC, *Commentaire*, IV, ns. 44 a 46; BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU, *Des biens*, ns. 143 a 164; AUBRY et RAU, *Cours*, II, § 224 *ter* e VI, §§ 387 a 390; *Code Civil allemand*, publié par le Comité de législation étrangère, ao art. 1.105; ENDEMANN, *Lehrbuch*, §§ 108 e 109; ROSSEL et MENTHA, *Droit civil suisse*, II, ps. 169 e segs.; DIAS FERREIRA, *Código Civil portuguez*, IV, aos arts. 1.644 e segs.; SANCHEZ ROMAN, *Derecho civil*, cap. XVIII.

entregava a outra um capital e esta se obrigava a dar-lhe, annualmente, certa prestação em fructos ou em dinheiro.

Este censo consignativo, por delle abusarem para encobrir usura era mal visto. Mas, escapando das suspeitas de usurario, era perpetuo e irremissivel.

O Codigo Civil portuguez aboliu o censo reservativo, considerando emphyteutico o que se celebrasse com esse nome (art. 1.707).

Do direito antigo portuguez, passou para o nosso a instituição dos censos, quer reservativos quer consignativos, não se tendo mais em consideração a usura, depois da lei de 24 de Outubro de 1832, que estabeleceu a liberdade da taxa de juros convencionaes. TEIXEIRA DE FREITAS mencionou os censos com essa feição, nos arts. 364 e 365 da Consolidação das leis civis. Não eram direitos reaes, salvo, por força da lei hypothecaria n. 1.237, de 24 de Setembro de 1864, art. 6, o legado de prestações ou alimentos, expressamente consignado no immovel, a que Codigo Civil deu maior amplitude.

O direito romano não desconhecia essa figura juridica, sob a forma de obrigação pura e perpetua, como nos dizem as Instituta, 3, 15, § 3.º: *Si ita stipuleris, decem aureos annuos quoad vivam dare spondes? et pure facta obligatio intelligitur et perpetuatur, quia ad tempus debere non potest.*

Era obrigação pura e vitalicia. Não passava aos herdeiros (2).

(2) Vejam-se ainda: D. 33, 1, frs. 5 e 21, pr.; 45, 1, fr. 56, § 1
• Cod. 8, 54, l. 34, § 1.º.

§ 87

DO CONTEUDO DA CONSTITUIÇÃO DE RENDA

I. Na constituição de renda cumpre destacar a parte nuclear, que é o complexo de direitos e obrigações, que forma a relação jurídica, do direito real, em que se transforma, quando, recaindo sobre immovel, e a respectiva escriptura, ou disposição testamentaria levada ao registro de immoveis.

O direito real de constituição de renda é a relação jurídica, em que uma pessoa entrega a outra um immovel (1), a titulo oneroso ou gratuito, a fim de que esta por determinado tempo, lhe forneça ou a outrem, certa renda periodica.

A renda pode ser constituida em favor de quem presta o immovel, ou de outra pessoa declarada no titulo. O titulo, em que se funda a relação juridica pode ser um acto entre vivos, ou disposição testamentaria. Quando resultar de sentença, que condemne o réo a prestar alimentos ao offendido, ou a pessoas da familia deste (Codigo Civil, arts. 1.537 e 1.539), como quando não se vincular a immovel, será direito pessoal.

Se a renda fôr constituida em favor de pessoa fallecida, ou que venha a fallecer, dentro dos trinta dias seguintes á conclusão do contracto, em consequencia de molestia, que, então, já soffria, é nulla (Codigo Civil, artigo 1.425), de pleno direito, haja ou não fraude na celebração do contracto, porque este não terá objecto. Se a molestia é posterior ao contracto, este não é nullo, ainda

(1) Se o onus da renda se refere a dinheiro, não haverá direito real, e sim pessoal.

que a morte ocorra antes de trinta dias, contados da data da celebração.

Se a renda é vitalícia, a morte do credor extingue a obrigação. Se é a termo, o fallecimento do credor, antes do advento do termo, não extingue a obrigação do devedor, que pagará as prestações aos herdeiros do censuista durante o prazo fixado no contracto.

A velhice e a gravidez não se consideram molestias para impedir a constituição de renda.

Quando a renda é constituída em favor de diversas pessoas e uma dellas estiver morta na data do contracto, ou vier a morrer, dentro dos trinta dias seguintes, de molestia, que, então, já soffria, o contracto é valido em relação aos censuistas restantes, segundo a opinião dos melhores jurisconsultos (2). Neste caso, o contracto não fica sem objecto, como no caso em que o beneficiario é um só individuo.

O credor da renda, adquire o direito de recebê-la, dia a dia, se não tiver de ser paga adeantadamente, no começo de cada periodo prefixado para o pagamento (Codigo Civil, art. 1.428). Neste ultimo caso, o credor terá direito á renda de todo o periodo desde o momento, em que este se inicia, isto é, desde a data do contracto, ou da que este determinar; se a renda é constituída por testamento, o periodo se inicia com a abertura da successão, se o testamento não fixar outra data; entende-se, porem, salvo disposição em contrario, que a renda se paga por periodo vencido.

Constituída em beneficio de duas ou mais pessoas, sem determinação da parte de cada uma, entende-se que os seus direitos são eguaes; e, não havendo estipulação em contrario, os sobreviventes não têm direito á parte dos

(2) PLANIOL, *Traité*, II, n. 2.221; MASSÉ et VERGÉ, nota 10 ao § 747 de ZACHARIAE, *Droit civil français*; AUBRY et RAU, *Cours*, VI, § 388.

que morrerem; determina o art. 1.429, de accordo com a norma de que n ão ha direito de accrescer, por actos entre vivos, sem declaração expressa, visto não existir, entre os credores da renda, senão mera conjunção verbal. Abre-se excepção a esta regra, para o caso de ser a renda constituida por doação, em favor de marido e mulher, caso em que o conjuge sobrevivivo lucrará a parte do premorto (Codigo Civil, art. 1.178).

Somente por disposição de ultima vontade é licito estabelecer que a renda passe para outra pessoa, depois da morte daquella cujo nome se acha inscripto em primeiro logar no titulo. Nunca, porem, poderá haver substituição que transponha o segundo gráo.

A renda constituida a titulo gratuito pode ser clausulada com inalienabilidade, impenhorabilidade e incommunicabilidade (Codigo Civil, art. 1.430). Se a liberalidade tornar insolvente o instituidor da renda, os credores chirographarios poderão promover-lhe a annullação.

II. O pagamento da renda constituida sobre immovel é onus que recáe sobre elle, de modo que, se fôr transferido, o adquirente fica obrigado pelas prestações vencidas e por vencer, salvo, quanto ás primeiras, o direito regressivo contra o alienante (Codigo Civil, artigo 750).

Se o censuario não pagar a renda, o censuista poderá excutir o bem para o pagamento das prestações, cabendo-lhe separar, do preço da arrematação, um capital cujo rendimento lhe assegure as prestações constantes do titulo. A base para o calculo do capital é a taxa legal de 6%.

Quando o immovel sujeito á renda é desapropriado, sobre a somma da indemnização se transferirá o onus (Codigo Civil, art. 750). O mesmo occorrerá com a quantia paga pelo segurador, em caso de sinistro e pelo responsavel em caso de damno, porquanto ha identidade de razão, nos tres casos.

O predio sujeito á renda pode ser resgatado. Segundo o art. 751 do Codigo Civil, o preço do resgate é uma somma em dinheiro, que, a 6% ao anno; assegure, ao censuista, renda equivalente á que lhe proporcionava o titulo. Salvo clausula expressa, o resgate será sempre integral.

No caso de fallencia, concurso de credores ou execução do predio gravado pelas prestações de renda, o credor dessas prestações apresenta-se com o seu direito real, que lhe assegura haver do preço da venda judicial do immovel um capital, que lhe dê a mesma renda declarada no seu titulo (Codigo Civil, art. 752).

O direito do credor da renda é indivisivel, e a obrigação de presta-la é solidaria; por isso, transmittido o predio gravado a diversas pessoas, cada uma dellas responde pela dívida, integralmente.

III. A renda extingue-se: a) com a morte da pessoa a favor da qual se estabelece a renda, se esta é vitalicia em relação a ella; b) com a morte do devedor, se esse fôr o termo fixado para a cessação da renda; c) com o advento do termo; d) com a morte do doador, quando este assumir a obrigação de pagar as prestações por tempo indeterminado (Codigo Civil, art. 1.172); e) com a ausencia declarada do devedor ou do credor; f) com a ingratição do credor, se a renda é instituida por doação; g) com a prescrição do direito de exigir a renda. Quando a doação da renda excede á porção disponivel do instituidor, é nulla na porção inofficiosa.

A acção para exigir as prestações prescreve em cinco annos (Codigo Civil, art. 178, § 10, ns. I a III). Não exercendo o credor o seu direito durante dez annos entre presentes, ou durante vinte entre ausentes, liberta-se o predio vinculado á renda.

§ 88

LEGISLAÇÃO COMPARADA

As legislações modernas não tratam das rendas prediaes de modo semelhante. No direito francez, havia o *bail à rente*, que, durante a Revolução, era um direito real resgatavel e susceptivel de hypotheca. Essa figura desapareceu, dizem-nos PLANIOL, RIPERT e PICARD, ainda que seja sempre possivel alienar um immovel mediante renda perpetua. Mas, neste caso, haverá um simples credito, uma obrigação pessoal contrahida pelo comprador, como o seria um preço em dinheiro pagavel de uma só vez. A renda não é mais direito real (1).

O Codigo Civil allemão occupa-se com a renda predial (*Rentenschuld*), que consiste em certa somma em dinheiro pagavel, em termos periodicos, sobre immovel. E' resgatavel, conversivel em divida predial e pode ser constituida em beneficio do proprio dono do predio (artigos 1.199 a 1.203).

O Codigo Civil portuguez consagra os arts. 1.644 a 1.649 a definir e regular a renda, ou censo consignativo, que se constitua depois da entrada em vigor desse corpo de leis. O conteudo do censo ou renda é semelhante ao do nosso direito, mas tem certa feição emphyteutica. A cessão do capital sujeito á renda é perpetua, mas a obrigação de pagar o interesse estipulado pode ser temporaria ou perpetua. O contracto deve ser celebrado por escriptura publica e registrado. No fim de vinte annos, o censo pode

(1) *Droit civil français*, III, n. 1.005.

ser destractado, se assim o quizer o censuario, por meio da restituição do capital prestado. Se o rendeiro ou censuario deixar de pagar o interesse por tres annos consecutivos, poderá o credor exigir o reembolso do capital.

O Codigo Civil hespanhol (arts. 1.604 a 1.627 e 1.657 a 1.664) occupa-se, estensamente, dos censos sob as duas formas conhecidas, de consignativo e reservativo. Considera emphyteutico o censo, quando uma pessoa cede a outra o dominio util de um immovel, reservando para si o directo e o direito de receber do emphyteuta uma pensão annual, como reconhecimento deste dominio. O censo é perpetuo ou por tempo indeterminado; o censuario, entretanto, pode remil-o, á sua vontade, ainda que se tenha pactuado o contrario, devendo dar aviso ao censuista com um anno de antecedencia.

A constituição de renda, no direito italiano, é perpetua ou vitalicia. E' predial, quando é preço de alienação ou condição de transferencia onerosa ou gratuita de immovel; e simples, quando constituída mediante capital e assegurada por hypotheca de determinado immovel.

A vitalicia é constituída, a titulo oneroso ou gratuito, mediante uma somma em dinheiro ou outra coisa movel ou immovel. Pode ser constituída tanto sobre a vida daquelle que subministra o preço, quanto sobre a de terceiro, que não tem direito á renda, e pode ser constituída a favor de terceiro. E' sem effeito se o favorecido já havia fallecido, ao celebrar-se o contracto. A renda vitalicia não é resgatavel; e, quando constituída a titulo gratuito, pode ser declarada livre de penhora (Codigo Civil, artigos 1.778 a 1.801).

Occupa-se o Codigo Civil venezuelano (arts. 1.864 a 1.875), somente, da renda vitalicia, regulando-a de accordo com as linhas geraes do italiano. O chileno não menos de trinta dispositivos (2.022-2.052) dedica á constituição do censo, que é a obrigação de pagar um redito annual.

mediante o reconhecimento do capital correspondente e gravame de um immovel que responde pelo redito do capital. O capital é sempre em dinheiro ou estimado em dinheiro. A constituição deve constar de escriptura publica, inscripta no registro competente. O canon não poderá constar de certa quantidade de fructos. Todo censo, ainda que estipulado com a qualidade de perpetuo, é resgatavel. O immovel vinculado ao censo é alienavel pelo censuario, que se torna seu dono. Sempre que o immovel vinculado ao censo se dividir por successão hereditaria, entender-se-á dividido o censo em partes proporcionaes aos valores dos novos predios resultantes da divisão. A acção do censuista prescreve em trinta annos. Na transmissão hereditaria do censo, observam-se normas especiaes, entre as quaes sobresa a preferencia do varão sobre a herdeira do sexo feminino. Esgotada a descendencia legitima dos chamados, expressamente, pelo acto constitutivo, passará o direito do censo a uma fundação ou estabelecimento pio de beneficencia, escolhido pelo Presidente da Republica, se o ultimo censuista não tiver usado da faculdade de dispor do censo, ou este não tiver sido transmittido segundo as regras geraes da successão legitima.

Ha outros dispositivos, que singularizam a estrutura do censo, segundo a traçou o Codigo Civil chileno.

Pelo argentino, arts. 2.070 a 2.088, a constituição de renda é contracto oneroso, em virtude do qual alguém dá uma somma em dinheiro ou de coisa apreciavel em dinheiro, movel ou immovel, a outrem, que se obriga a pagar uma renda annual, durante a vida de um ou muitos individuos designados no contracto. Exige escriptura publica e somente com a tradição do capital adquire validade. A prestação periodica somente em dinheiro pode consistir. A renda é impenhoravel. O devedor della está obrigado a dar todas as seguranças do que houver prometido, seja fiança ou hypotheca. Extingue-se a renda com

a morte da pessoa na cabeça da qual foi constituída. Quando a renda é constituída a favor de duas ou mais pessoas, entende-se, na falta da determinação da parte de cada uma, que estas são eguaes; e não ha direito de accrescer sem declaração expressa.

Quando a renda vitalicia é constituída gratuitamente, considera-se doação a prazo; se por testamento, é legado a prazo.

As rendas que gravarem immoveis não poderão ser estabelecidas por mais de dez annos.

O novo Codigo Civil do Perú regula somente o contracto de renda vitalicia (arts. 1.749 a 1.767). A renda constituída a titulo gratuito pode ser declarada incessivel e impenhoravel. Morta a pessoa, cuja vida se designou para a permanencia da renda, extingue-se a obrigação do devedor, sem que o mesmo tenha de devolver todo ou parte do capital ou dos bens, que serviram de preço, ao constituir-se a renda, por curta que tenha sido a vida designada. Se o devedor da renda causar a morte da pessoa por cuja vida foi a renda constituída, restituirá o capital, que recebeu por preço, sem direito á restituição da renda paga.

Quando são muitos os credores da renda, salvo se forem conjuges, a morte de qualquer delles não determina accrescimento á parte dos sobrevivos, sem que se tenha pactuado o contrario.

Se o credor de uma renda constituída para ser paga durante a vida de terceiro, morre antes deste, a renda passa aos seus herdeiros até á morte do terceiro.

INDICE ANALYTICO

INDICE ANALYTICO

Nota preliminar	7
-----------------------	---

TITULO I

PRELIMINARES

Direito das coisas

CAPITULO UNICO

§ 1.º

DIREITO DAS COISAS. CODIGO CIVIL BRASILEIRO. CODIGOS CIVIS ESTRANGEIROS. — I. Definição de direito das coisas. Coisas do mundo physico e do espirital. II. Compreensão do direito das coisas. Comparação com direito dos bens. Bem juridico. III. Codigos civis estrangeiros

TITULO II

DA POSSE

CAPITULO I

Da posse em geral

§ 2.º

ORIGEM DA POSSE. — I. Estado de facto. Caracter colectivo. II. Primeira defeza juridica da posse em Roma, segundo Niebuhr. O <i>ager publicus</i> . III. Direito germanico. Schulte e Kohler	15
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

§ 3.º

THEORIAS DA POSSE. — Variedade de opiniões entre os juristas. a) <i>Theoria subjectiva</i> . b) <i>Theoria objectiva</i> . <i>Theoria</i> de J. Kohler	17
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

§ 4.º

THEORIA SUBJECTIVA DE SAVIGNY. — <i>Jus possidendi</i> e <i>jus possessionis</i> . <i>Nuda detentio</i> . Elementos constitutivos	
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--

da posse: <i>corpus et animus</i> . Differente designação da posse nas fontes romanas. Quasi posse de direitos reaes. Aquisição da posse: apreensão da coisa e vontade de tel-a como propria. Em que consiste a apreensão. Modalidades. <i>Animus domini</i> . Pessoas que não podem adquirir posse senão por seus representantes. Conservação da posse. Defeza pelos interdictos <i>retinendae</i> e <i>recuperandae possessionis</i> . Os <i>adipiscendae</i> não são interdictos possessorios. Fundamento dos interdictos	19
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

§ 5.º

THEORIA OBJECTIVA DE JHERING. — Correlação extensiva entre a propriedade e a posse. Posse como exterioridade da propriedade. Coisas que permanecem sob a vigilancia pessoal ou real do possuidor, e outras que se acham nas mesmas condições. Visibilidade da posse. Interdictos possessorios, entre os quaes se incluem os <i>adipiscendae</i> . Conceito do <i>corpus</i> . O papel da vontade na posse. O Codigo Civil. Observações de Matos Peixoto e Duquesne. Esclarecimento do ponto de vista de Jhering	23
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

§ 6.º

THEORIA DE KOHLER. — Divergencia das theorias anteriormente expostas. Posse é relação entre o mundo ambiente e a pessoa. Ordem da paz. A posse é instituto social	28
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

§ 7.º

A THEORIA DA POSSE REFLECTIDA NO CODIGO CIVIL BRASILEIRO. — O Codigo Civil brasileiro adoptou, quanto	
-------------------------------------------------------------------------------------------------------	--

ao conceito da posse, as idéas de Jhering. Posse dos direitos reaes. Não ha posse de direitos pessoaes .. 30

§ 8.º

REPERCUSSÃO DA THEORIA DA POSSE EM OUTRAS LEGISLAÇÕES. — Codigos Civis francez, italiano, suiso, portuguez, argentino. Reforma deste ultimo Codigo. Codigo Civil do Perú 31

CAPITULO II

Da posse no direito patrio

§ 9.º

DA POSSE DIRECTA E INDIRECTA. — Noção da posse plena, da directa e da indirecta. Codigo Civil brasileiro. O allemão, o suiso, o peruano, o projecto argentino (nota 2). Presupostos da posse directa e da indirecta. A posse do usufructuario, do credor pignoratício, do locatario, do depositario 35

§ 10

DA DETENÇÃO. — Conceito. Doutrinas de Savigny e de Jhering. *Besitzwille* (nota 2). E' puro estado de facto. Casos de detenção 38

§ 11

- SE A POSSE E' UM FACTO OU UM DIREITO.** — *Jus possidendi.*
Opinião de Savigny. Opinião de Jhering. E' um interesse que a lei protege. E' um direito especial .. 41

§ 12

- COMPOSSE.** — Communhão de bens. Communhão hereditaria. Direito romano. Esclarecimento da relação jurídica. Direito aos interdictos 43

§ 13

- DO OBJECTO DA POSSE.** — Parallelismo entre a posse e a propriedade. Objectos da posse: coisas corporeas, relações jurídicas. Exclussões: coisas inapropriaveis, coisas publicas. Posse das coisas publicas. Posse de direitos 45

§ 14

- DA POSSE DOS DIREITOS.** — Direitos reaes. Direito romano e canonico. Acção de preceito comminatorio. Mandado de segurança. Controversia. A jurisprudencia e a doutrina inclinam-se a reconhecer somente a posse de direitos reaes 47

§ 15

- DA QUALIFICAÇÃO DA POSSE.** — Justa, injusta, violenta, clandestina, precaria, de boa e de má fé. Definições dessas formas da posse quando viciosas ou não 49

§ 16

DA ACQUIÇÃO DA POSSE. — Enumeração dos modos de adquirir a posse, segundo o Código Civil. Doutrina objectiva. Posse do direito. Como pode ser adquirida a posse. Por quem. Constituto possessorio. Conversão da posse em plena e plena em posse directa e indirecta. A *clausula constituti* não se presume. Código Civil allemão, argentino, direito francez 51

§ 17

DA CONSERVAÇÃO, DA TRANSMISSÃO E DA ESTENSÃO DA POSSE. — Uma vez firmada, conserva-se a posse no patrimonio do possuidor e com os seus caracteres. Transmite-se com os seus caracteres ao successor universal. Accessão da posse. O legatario. Causa da posse. A violencia e a clandestinidade não viciam a posse senão emquanto perduram. São vícios temporarios e relativos. Direito romano e patrio. O Código Civil. Estensão da posse 56

§ 18

DOS EFEITOS DA POSSE. — Opiniões de Edmundo Lins, Maynz, Van Wetter, Cornil. O Código Civil. Astolpho Rezende. Usocapião. Lafayette. Onus da prova na contestação da prova. Posição favoravel do possuidor 59

§ 19

DAS ACCÕES POSSESSORIAS EM GERAL. — São formas evolutivas dos interdictos do direito romano. Opinião de

Savigny sobre os interdictos *adpiscendae possessionis*. Interdictos *retinendae possessionis* e *recuperandae possessionis*. Direito canonico. *Exceptio* e *actio spolii*. Acções possessórias do direito brasileiro: de manutenção, de esbulho, preceito comminatorio, nunciação de obra nova, immissão de posse. Embargos de terceiro. Controversia a respeito da realidade e personalidade das acções possessórias. Opinião de Astolpho Rezende. Competencia do juiz. Opinião do autor

61

§ 20

DO INTERDICTO DE MANUTENÇÃO. — Seu objecto. Presupostos. Turbação positiva e negativa. E' especial segundo a classification do Codigo de Processo Civil, se proposta dentro de anno e dia. Segue o curso ordinario passado esse tempo. Modificações trazidas pelo Codigo do Processo Civil. Arbitrio conferido ao juiz para ouvir, ou não o turbador. A posse protegida pelo interdicto de manutenção é a actual. Caução pedida pelo réo, na manutenção provisoria

67

§ 21

DO INTERDICTO PROHIBITORIO. — E' forma particular da manutenção. Direito romano. Codigos modernos. Este interdicto defende a posse ameaçada. Codigo do Processo de Minas Geraes e o da Bahia. Arthur Ribeiro e Eduardo Espinola. Remissão ao livro de Astolpho Rezende: *A posse e sua protecção*. Codigo do Processo Civil. Cominação de pena. Actos administrativos exigem outros remedios. Actos judiciaes não se atacam por meio de interdictos. Tito Fulgencio e Astolpho Rezende

7

§ 22

DO INTERDICTO DE REINTEGRAÇÃO. — Esbulho. Modos de pratical-o. Objecto da acção de esbulho. Contra terceiro que recebeu o esbulho. A acção de esbulho é especial, quando tentada dentro de anno e dia; passando esse prazo segue o curso ordinario. Prescripção 78

§ 23

DA DEFEZA E DO DESFORÇO IMMEDIATOS. — O turbado poderá manter-se por sua propria força e o esbulhado restituir-se, comtanto que o faça immediatamente. Codigos allemão, suiso, portuguez, peruano. Projecto argentino 77

§ 24

DA ALLEGAÇÃO DE DOMINIO OU OUTRO DIREITO. — Não obsta á manutenção ou reintegração a allegação de dominio.Codigo Civil allemão, italiano, argentino, Projecto de reforma deste ultimo. Excepção a esse principio. Discussão a respeito. Juvenal Lamartine, Justiniano de Serpa, Astolpho Rezende, Tito Fulgencio 80

§ 25

DA RESTITUIÇÃO ADMINISTRATIVA DA COISA ESBULHADA. — Discussão em torno do assumpto. Astolpho Rezende (nota 1). A Ordenação, 3.º, 40, § 2. Codigo Civil brasileiro. Codigo Civil portuguez. Tres modalidades

de reacção do esbulhado: repulsa immediata, recurso ao juiz que decidirá sem ouvir o esbulhador e interdicto de reintegração. O esbulho deve ser recente para autorizar a medida judiciaria sem audiencia do esbulhador. Defeza dessa providencia. Opinião de Mendes Pimentel. Decisão do Supremo Tribunal Federal. Opinião de Edmundo Lins. Venda com reserva de dominio. Não commette esbulho manifesto o comprador, que não paga alguma prestação vencida 84

§ 26

DA PROTECCÃO DAS SERVIDÕES CONTINUAS NÃO APPARENTES E DESCONTINUAS. — Origem da regra: Codigo Civil portuguez. Excepção. Razão de ser da regra. Direito anterior á codificação 90

§ 26-A

DA IMMISSÃO DE POSSE. — Dissidio a respeito, a que poz termo o Codigo do Processo Civil. Casos de immissão judicial de posse 92

§ 26-B

DA ACCÃO DE NUNCIACÃO DE OBRA NOVA. — Pode proteger a propriedade e a posse. Quem a pode propor. Processo. Defeza do nunciado. Caso de condominio. Carvalho Santos 93

§ 27

DA PERCEPCÃO DOS FRUCTOS. — Noção e classificação dos fructos. O possuidor de bôa fé tem direito aos fructos

percebidos. Razão dessa norma. Cessando a boa fé, desaparece esse direito. Despezas de produção e custeio. Código Civil portuguez, argentino, peruano, suíço. Fructos colhidos com antecipação. Quando se consideram colhidos os fructos. O possuidor de má fé responde pelos fructos colhidos e pelos que, por culpa sua, deixou de colher. Indemnização das despesas de produção e custeio 96

§ 28

DA RESPONSABILIDADE POR DETERIORAÇÃO OU PERDA. — Critica ao Código Civil. Opinião de Tito Fulgencio. Responsabilidade do possuidor de má fé. Atenuação pela equidade 101

§ 29

DAS BEMFEITORIAS. — O que são. Especies. Indemnizações a que dão lugar. Retenção. Fundamento. Condições. Opção a que tem direito o reivindicante, entre o valor actual e o custo das bemfeitorias. Possuidor de má fé tem direito ás bemfeitorias necessarias. Não lhe cabe direito de retenção. Código Civil portuguez. Direito romano 108

§ 30

DA PERDA DA POSSE. — Coisas corporeas. Direitos reaes. Os modos de perda da posse segundo o Código Civil. Códigos estrangeiros. Tradição. Perda da posse de direitos reaes. Código Civil da Austria. Se o possuidor deixa de reagir contra a violação da posse. Reivindicação de coisas moveis. Titulos ao portador. Objectos comprados em leilão publico, feira ou mercado 107

TITULO III

DA PROPRIEDADE E DO DIREITO AUTORAL

CAPITULO I

Da propriedade em geral

§ 31

DADOS BIOPSYCHICOS. — Fundamento ultimo dos nossos sentimentos segundo Schmoller: o prazer e a dor. Elementos propulsivos da actividade humana. Apropriação dos bens do mundo exterior e sua defeza. Transformação determinada pelo meio social. A propriedade phenomeno economico-juridico 113

§ 32

NOÇÕES HISTORICAS EM GERAL. — O homem primitivo, dono das coisas moveis de que se apoderava. Posse collectiva do solo. Indios do Brasil. Sentimento da propriedade individual. Hermann Post. O direito preexiste ao Estado. Legislações primitivas: Codigo de Hammurabi, leis egypcias, hebraicas, musulmanas, incaicas, indianas, gregas. Pericles, Solon, Aristoteles. Direito germanico. Propriedade feudal. Reacção contra o feudalismo 115

§ 33

NOÇÕES HISTÓRICAS. DIREITO ROMANO. — Conceito da propriedade em Roma, segundo Padeletti. Refutação. Cuiq' distingue tres modalidades de utilização das terras nos primeiros tempos: communhão agraria, propriedade familiar e propriedade individual. Direito classico. Limitações ao direito de propriedade individual. Modos de adquirir a propriedade. *Jura in re aliena*. Extincção da propriedade individual .. 123

§ 34

DOCTRINAS SOBRE O CONCEITO DA PROPRIEDADE. — Idéa fundamental *communis* em todas as formas da propriedade. Definição jurídica da propriedade. Theorias diversas: da occupação, do trabalho, da lei, da instituição. Preferencia do autor. Observações de G. Rocher, citado por Nogueira de Paula. Individuo e sociedade. Reacção funesta contra o individualismo. Equilibrio dos elementos sociaes. Dizeres de Adolpho Pinto Filho. A propriedade individual sobre as terras é exigida pela convivencia humana, com restricções que não conturbem ou annullem a actividade individual. Doutrina de Augusto Comte' exposta por Carvalho de Mendonça 126

§ 35

DA ESTENSÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE. — Definição do direito de propriedade pelo Código Civil. Definição do Projecto primitivo. Código Civil allemão. Opinião de Kohler. Código Civil suizo, peruano, chileno, argentino. Character do direito de propriedade. A

Constituição de 1934. Exclusividade. Código Civil da
 Rússia sovietica. A propriedade presume-se plena,
 limitada. Direito aos fructos. Direito inglez e slavo 133

CAPITULO II

Da propriedade immovel

§ 36

DA ACQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE IMMOVEL. — Coisas im-
 moveis. O direito antigo não dividia as coisas em mo-
 veis e immoveis. Para o direito inglez essa classifi-
 cação é ociosa. O direito occidental, porem, geralmen-
 te a consagra. Modos de aquisição de immoveis 141

§ 37

DA ACQUISIÇÃO DO IMMOVEL PELA TRANSCRIPÇÃO DO TI-
 TULO. — Accordo de vontades do adquirente e do alie-
 nante. Transcrição do titulo translativo. Theoria da
 transferencia da propriedade por força da convenção.
 A transcrição é nessa theoria publicação do acto,
 para valer contra terceiros. Teixeira de Freitas e La-
 fayette sobre essa materia. Didimo da Veiga. O Co-
 digo Civil adoptou o systema germanico dando-lhe
 feição adequada ás condições do paiz. Principios ca-
 racteristicos do systema. Código Civil allemão. O Pro-
 jecto primitivo accentuou os caracteristicos do sys-
 tema. Código Civil suisso, uruguayo, chileno, pro-
 jecto argentino 143

§ 38

OUTROS ACTOS SUJEITOS A TRANSCRIPÇÃO. — Julgados que põem termo á indivisão. Sentenças que adjudicam bens de raiz em pagamento de dividas da herança. Arrematações e adjudicações. Acções divisorias. Bens herdados. Estado de communhão. Quando ha um só herdeiro. Cessão do direito á herança. Transcripção 150

§ 39

DA ACCESSÃO. — Que é. Formas. Ilhas. Codigo de aguas. Constituição de 1937. Alluvião. Accrescimos. Lagos. Avulsão. Alveo abandonado. Construcções e plantações. Adherem ao solo, que é coisa principal. Regras a respeito. Legislação comparada. Codigo Civil francez, italiano, portuguez, chileno, suisso, projecto argentino 155

§ 40

DO USOCAPÍÃO. — Definição. Semelhanças e differenças da prescripção. Influencia do tempo. Usocapião extraordinario. Requisitos: posse, tempo, sentença. Coisas corporeas. Acção de usocapião. Codigo Civil portuguez, hespanhol, argentino, uruguayo, chileno, japonéz. Direito allemão. Usocapião ordinario. Requisitos psychologicos e objectivos. Causas que obstem, suspendem ou interrompem o usocapião. Condição. Codigo Civil portuguez, hespanhol, francez, argentino, projecto argentino. Codigo Civil chileno, uruguayo, peruano. Usocapião especial. Requisitos 168

§ 41

DA ESTENSÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE. — Modo de determinar a na propriedade immovel. Espaço aéreo. Código brasileiro do ar. Subsolo. Legislação comparada. Código Civil allemão, suíço, peruano, projecto argentino. Código Civil francez, portuguez e italiano. Direito de vizinhança. Mau uso da propriedade. Offensa á segurança pessoal, ao socego, á saúde. Ruínas de predios. Legislação comparada. Código Civil allemão, suíço, francez, italiano, hespanhol, portuguez, peruano, projecto argentino. Arvores limitrophes. Seus fructos, raizes e ramos. Passagem forçada. Das aguas. Limites entre predios. Demarcação. Terreno contestado. Soluções de Macedo Soares, Affonso Fraga e Athos Magalhães. Código Civil portuguez, aliemão, argentino. *Esboço* de Teixeira de Freitas. Obra divisoria. Direito de construir. Restricções a esse direito. Nunciação de obra nova. Parede divisoria. Distancias que devem ser guardadas entre os predios. Condominio de parede divisoria. Quando é permittido entrar no predio visinho. Direito de pastagem 181

§ 42

DAS MINAS. — Decreto-lei n. 1.985, de 29 de Janeiro de 1940. Que é jazida. Que é mina. Direito sobre minas ao tempo da Monarchia. A Constituição de 1891. A de 1934. Código de minas. Constituição de 1937. Novo Código de minas. Autorizações e concessões. Pesquisa, Lavra. Servidões. Faiscação. Garimpo 205

§ 43

DAS AGUAS. — Aguas pertencentes á União. Aguas de uso commum. Navegaveis e fluctuaveis. Particulares.

Inspecção e autorização dos poderes publicos. Aguas communs. Entre predios fronteiros. Regras referentes ao uso das aguas. Desobstrucção e defeza. Nascentes. Aguas subterraneas. Aguas pluviaes. Aqueeductos. Quedas d'agua. Seu aproveitamento industrial. Manifestação, concessão, autorização. Aguas mineraes, termaes e gazosas 210

§ 44

DA PERDA DA PROPRIEDADE IMMOVEL. — Por differentes modos se extingue o direito de propriedade. Por uso-capião, accessão, alienação, abandono, desapropriação por necessidade ou utilidade publica. A quem pertence o direito de desapropriar. Indemnização previa. Quando é admissivel o deposito. O decreto-lei n.º 1.283, de 18 de Maio de 1939, desvia-se do preceito constitucional. Casos de necessidade e de utilidade. Eram taxativos, passavam a ser exemplificativos pelo decreto-lei n.º 1.283, de 18 de Maio de 1939. Podem ser objecto de desapropriação bens moveis e immoveis. Retrocessão. Uso da propriedade particular até onde o bem publico o exija, em caso de perigo imminente 218

CAPITULO III

Da aquisição e perda da propriedade movel

§ 45

DA OCCUPAÇÃO. — Que é. Objecto. Coisas sem dono: animaes bravios, os mansos e domesticados, que amor-

tam, enxames de abelhas, substancias arrojadas ás praias. O Codigo de caça regula, em todo o paiz o exercicio da caça. Preceitos e penas comminadas ás suas infracções. O Codigo de pesca regula o serviço de pesca em todo o paiz. Aguas em que é exercido. Proibições. Penalidades. Modificações no Codigo Civil 225

§ 46

DA INVENÇÃO. — Que é. Relação entre o achador e o dono da coisa achada. Não é modo de adquirir. Codigo Civil argentino. Recompensa devida ao achador 233

§ 47

DO THESOURO. — Definição do Codigo Civil. Divergencia dos autores quanto á classificação deste modo de adquirir. Opiniões de Dernburg e Kohler. O Codigo Civil brasileiro. O emphyteuta. Divergencia das legislações: Codigo Civil francez, hespanhol, argentino, chileno, uruguayo, peruano, venezuelano, suiso 235

§ 48

DA ESPECIFICAÇÃO. — Modo de adquirir coisa movel pela criação de especie nova. Casos particulares de especificação: pintura, escultura, trabalhos graphicos. Soluções differentes nas legislações estrangeiras. Soluções semelhantes ás constantes do nosso Codigo Civil. Codigo allemão, argentino, portuguez 240

§ 49

- DA CONFUSÃO, COMMIXTÃO E ADJUNCCÃO. — Definições desses modos de adquirir. Propriedade indivisa. Consequencia da boa e da má fé 244

§ 50

- DA TRADIÇÃO. — Noção. Direito romano. Código Civil brasileiro. Capacidade das partes. Forma. Tradição real e symbolica. Constituto possessorio. Casos que dispensam a tradição. Feita pelo que não é dono. Systema romano da necessidade da tradição para a transferencia do dominio. Codigos estrangeiros ... 245

§ 51

- DO USOCAPÍÃO. — Definição. Direito romano. Legislações modernas. Usocapião extraordinario. Principios applicaveis ao usocapião dos moveis 249

CAPITULO IV

Do condominio

§ 52

- NOÇÃO DE CONDOMINIO. DIREITOS E DEVERES DOS CONDOMINOS. — Origens. Propriedade collectiva do direito germanico. Condominio differe de sociedade.

Direitos dos condôminos. Obrigações. Melhoramentos e despesas utilmente feitas. Contribuições dos consortes. Dívidas collectivas. Responsabilidade de cada condômino pelos fructos, que percebeu e pelos danos, que causou. Divisão da coisa commum. Defeza da posse. Propriedade de andares ou apartamentos do mesmo predio por pessoas differentes. A divisão da coisa commum é meramente declaratoria e não attributiva. Controversia a respeito. Legislação estrangeira sobre o assumpto. Transcrição do julgado que põe termo á indivisão. Venda da parte do condômino. Resolução sobre a administração do condôminio. Partilha. Compascuo 251

§ 53

DA PROPRIEDADE RESOLUVEL. — Noção. Casos. Resolução a favor do alienante. A favor de terceiro. Principio resolutorio constante do proprio titulo. Proveniente de causa posterior 264

CAPITULO V

Do direito autoral

§ 54

APONTAMENTOS HISTORICOS. — Definição. Tomou corpo o direito autoral com a descoberta da imprensa e da gravura. Privilegios a editores e autores. Legislação brasileira. Convenções internacionaes 267

§ 55

CONCEITO DO DIREITO AUTORAL. — Controversia a respeito da taxinomia do direito autoral. Expressão do espirito pessoal do autor. Privilegio. Propriedade artistica e literaria. Propriedade intellectual. Ha no direito autoral uma parte intima, inalienavel e perpetua, que se tem denominado *direito moral do autor*, e outra economica. Opinião de Philadelpho Azevedo. Theoria de Kohler. O direito exclusivo do autor tem soffrido objecções, que agora resurgem. Registro da propriedade literaria, scientifica e artistica. Discussão sobre si o registro é attributivo do direito autoral, ou apenas meio de prova e defeza 271

§ 56

DURAÇÃO DO DIREITO AUTORAL, QUANTO Á OBRA PUBLICADA.
— O art. 649 do Codigo Civil brasileiro. Convenção de Berne revista em Roma e promulgada no Brasil. As legislações estrangeiras. Justificação da perpetuidade. Opinião de Spencer e Walker. Dominio publico remunerado. Opinião e proposta de Telles Netto 278

§ 57

QUEM EXERCE O DIREITO AUTORAL. — Herdeiros, cessionarios. Editor. Obras anonymas, pseudonymos, traducções. Obra feita em collaboração. Reprodução autorizada. Obras figurativas. Cinematographicas. Obras dos archivos publicos. Desapropriação. Ninguem pode reproduzir obra alheia a pretexto de melhoral-a 282

§ 58

- TRANSFERENCIA DA PARTE ECONOMICA DO DIREITO AUTORAL.** — Transferencia por actos entre vivos. Contracto de edição. Transmissão *mortis causa*. Critica ao art. 667 do Codigo Civil 286

§ 59

- DOS ACTOS QUE NÃO SE CONSIDERAM OFFENSIVOS DO DIREITO AUTORAL.** — Obras theatraes e musicaes depois de publicadas. Qual o uso permittido ao comprador. E' licito reproduzir trechos de obras já publicadas. Noticias, artigos, discursos, actos publicos, copias á mão, obras figurativas, obras de arte existentes em logradouros publicos. Cartas missivas 289

§ 60

- DO CINEMA E DA RADIO-DIFFUSÃO.** — Semelhança com a representação theatral. Regimento do Departamento de Imprensa e Propaganda. Instrucções do Director Geral do mesmo Departamento. Convenção de Berne 293

§ 61

- DAS PENALIDADES EM MATERIA DE DIREITO AUTORAL.** — Penas criminaes e civis. Contravenção. Casos de contravenção. Apprehensão, perda dos exemplares, multa. Applicação fraudulenta de nome de autor sobre

obra literaria, scientifica ou artistica. Suppressões, accrescimos e alterações do artista sem autorização do autor	295
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

TITULO IV

DOS DIREITOS REAES, DE GOZO, SOBRE COISAS ALHEIAS

CAPITULO I

Disposições geraes

§ 62

NOÇÃO, CARACTERES E CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS REAES. — Definições. Caracteres. Não são absolutos. Seu numero é limitado. Somente elles são susceptíveis de posse. Diferenças em relação aos obrigacionaes. Relação directa entre o sujeito e o objecto. Exclusividade. Os direitos reaes prevalecem <i>erga omnes</i> . O objecto do direito real é coisa corporea. Enumeração. Superfície. Direito de retenção. Classificação dos direitos reaes do ponto de vista da extensão de seus poderes sobre o objecto	301
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

§ 63

PRINCIPIOS GERAES, A QUE SE SUBORDINAM OS DIREITOS REAES. — Como se constituem e transmittem, Passam	
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--

com o immovel ao acquirente. Acompanham o immovel nas mutações da propriedade. A tradição é formalidade substancial da transmissão das propriedades moveis 310

§ 64

FIGURAS DE DIREITOS REAES EM OUTRAS LEGISLAÇÕES. — Código Civil allemão, direito italiano, francez, hespanhol, argentino, chileno, peruano, venezuelano, da Russia sovietica 312

CAPITULO II

Da emphyteuse

§ 65

NOÇÕES HISTORICAS. — Nome de origem grega. Fontes romanas. Origem dupla: oriental e occidental. *Agri vectigales*. Dominio util. Direito portuguez. Influencias feudaes. Medidas tomadas pelo Marquez de Pombal. Direito germanico. A emphyteuse no direito francez 317

§ 66

DEFINIÇÃO E INSTITUIÇÃO DA EMPHYTEUSE. — Constitue-se por contracto, testamento e usocapião. Estensão

dos direitos que compreende a emphyteuse. Fim economico da emphyteuse 321

§ 67

DOS DIREITOS E DEVERES DO EMPHYTEUTA. — Percepção dos fructos. Aproveitamento do immovel. Alienação. Laudemio. Opção. Impostos. Subemphyteuse. Não tem direito a remissão do fôro. Resgate 323

§ 68

DIREITOS E DEVERES DO SENHORIO DIRECTO. — Domínio sobre a substancia do immovel. Fôro. Preferencia. Laudemio. Consolidação do dominio 326

§ 69

DA INDIVISIBILIDADE DA EMPHYTEUSE. — A indivisibilidade está na propria relação entre o senhorio e o emphyteuta. Cabecel. A indivisibilidade foi estabelecida em favor do senhorio 327

§ 70

DA EXTINCCÃO DA EMPHYTEUSE. — Perda total do immovel. Usocapião. Renuncia. Deterioração natural. Commisso. Fallecimento do emphyteuta sem deixar herdeiro. Resgate. Opção 328

§ 71

LEGISLAÇÃO COMPARADA. — Direito francez, italiano, allemão, suisso, portuguez	332
-------------------------------------------------------------------------------------	-----

§ 72

AFORAMENTO DOS TERRENOS DE MARINHA. — Definição. Accrescidos. Decreto-lei n.º 2.490, de 16 de Agosto de 1940. Insubsistencia de quaesquer pretensões sobre terrenos de marinha. Novos aforamentos. Dominio da União. Direito de opção. Commissio	334
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

CAPITULO III

Das servidões prediaes

§ 73

NOÇÃO E CONSTITUIÇÃO DAS SERVIDÕES. — Que se entende por servidão. Prediaes e pessoaes. A predial adhere ao immovel permanentemente. Visinhança dos predios. Indivisibilidade. Duração. Constituição. Escritura publica. Apparentes e não apparentes. Registro de immoveis. Destinação do proprietario. Discussão a respeito. Philadelpho Azevedo. Bartolo. Usocapião	337
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

§ 74

CLASSIFICAÇÃO DAS SERVIDÕES PREDIAES. — Servidões rústicas, urbanas. De transito. De passagem d'agua. De tirar agua. De escoamento d'agua. De vista. Contínuas, descontinuas, apparentes, não apparentes ... 345

§ 75

DOS DIREITOS E OBRIGAÇÕES DOS DONOS DOS PREDIOS DOMINANTES E SERVIENTES. — Direito de fazer obras. Obrigação de fazel-as, quando a contrae o dono do predio serviente. Obrigação de não embaraçar o uso da servidão. Direito restricto ao titulo da servidão. Excepção 348

§ 76

DA EXTINCCÃO DAS SERVIDÕES. — Reunião dos predios no dominio da mesma pessoa. Suppressão das obras. Não uso. Renuncia. Resgate. Cancellamento 350

§ 77

LEGISLAÇÃO COMPARADA. — Codigo Civil francez, italiano, portuguez, venezuelano, chileno, allemão, suiso, projecto argentino 353

CAPITULO IV

Do usufructo

§ 78

NOÇÃO DE USUFRUCTO, SUA CONSTITUIÇÃO E OBJECTO. — Direito antigo. Grego. Romano. Modos de constituir-se o usufructo: lei, contracto, testamento, usocapião. Usufructo legal. Convencional. Objecto. Usufructo pleno e restricto 357

§ 79

DOS DIREITOS DO USUFRUCTUARIO. — Posse directa. Uso e gozo. Administração. Percepção dos fructos. Noção de fructos. Cessão ao seu proprietario. O usufructuario pode ceder o exercicio do seu direito. Não tem direito ao thezouro. Meação em obra divisoria. Fructos pendentes. Divergencia nas legislações. Animaes e arvores fructiferas. Florestas e minas. Fructos civis 360

§ 80

DAS OBRIGAÇÕES DO USUFRUCTUARIO. — Inventario. Caso em que se despensa essa formalidade. Quando é necessaria a intervenção do juiz. Caução. No caso de alienação da coisa doada em usufructo. Caso em que o usufructuario perde o direito de administrar o uso-

fructo. Providencias estabelecidas nas legislações estrangeiras. Codigo Civil francez, chileno, portuguez. O usufructuario tem a seu cargo as despesas ordinarias de conservação, dos fóros e dos impostos. As reparações extraordinarias competem ao proprietario, que pode não fazel-as. Direito romano, francez, italiano, portuguez, hespanhol, argentino, uruguayo. Deteriorações resultantes do exercicio regular do usufructo. Seguro do bem usufruido. A coisa dada em garantia de uma divida pode ser objecto de usufructo. O immovel sobre o qual recae usufructo pode ser penhorado por divida hypothecaria anterior ... 369

§ 81

DOS DIREITOS E OBRIGAÇÕES DO NU PROPRIETARIO. — Direito de exigir caução. De administrar o usufructo, quando o usufructuario não quizer ou não poder dar caução. A' metade do thesouro. A indemnização pelo seguro e á reparação pelo damno. Aos fructos pendentos 379

§ 82

DO USUFRUCTO IMPROPRIO. — O usufructo é improprio, quando tem por objecto coisa que se consome pelo uso. Se esse objecto é um titulo de credito. Se é uma universalidade 381

§ 83

DA EXTINCCÃO DO USUFRUCTO. — Morte do usufructuario. Termo da duração. Finalidade. Destruição total.

Transformação da coisa usufruída. Consolidação.
Prescrição. Alienação e deterioração. Renúncia ... 382

CAPITULO V

Do uso

§ 84

DAS NORMAS REGULADORAS DO USO. — Noção. Direito romano. Pode recahir sobre coisas moveis ou immoveis. O seu exercicio não pode ser cedido. Como se medem as necessidades do usuario. São applicaveis ao uso, em geral, as normas do usufructo. Como se constitue e extingue 387

CAPITULO VI

Da habitação

§ 85

DAS NORMAS REGULADORAS DA HABITAÇÃO. — Noção. Consiste este direito exclusivamente na habitação de casa

alheia. Direitos e deveres. Direito romano, francez, italiano, hespanhol, chileno, argentino, peruano ... 391

CAPITULO VII

Da renda constituída sobre immovel

§ 86

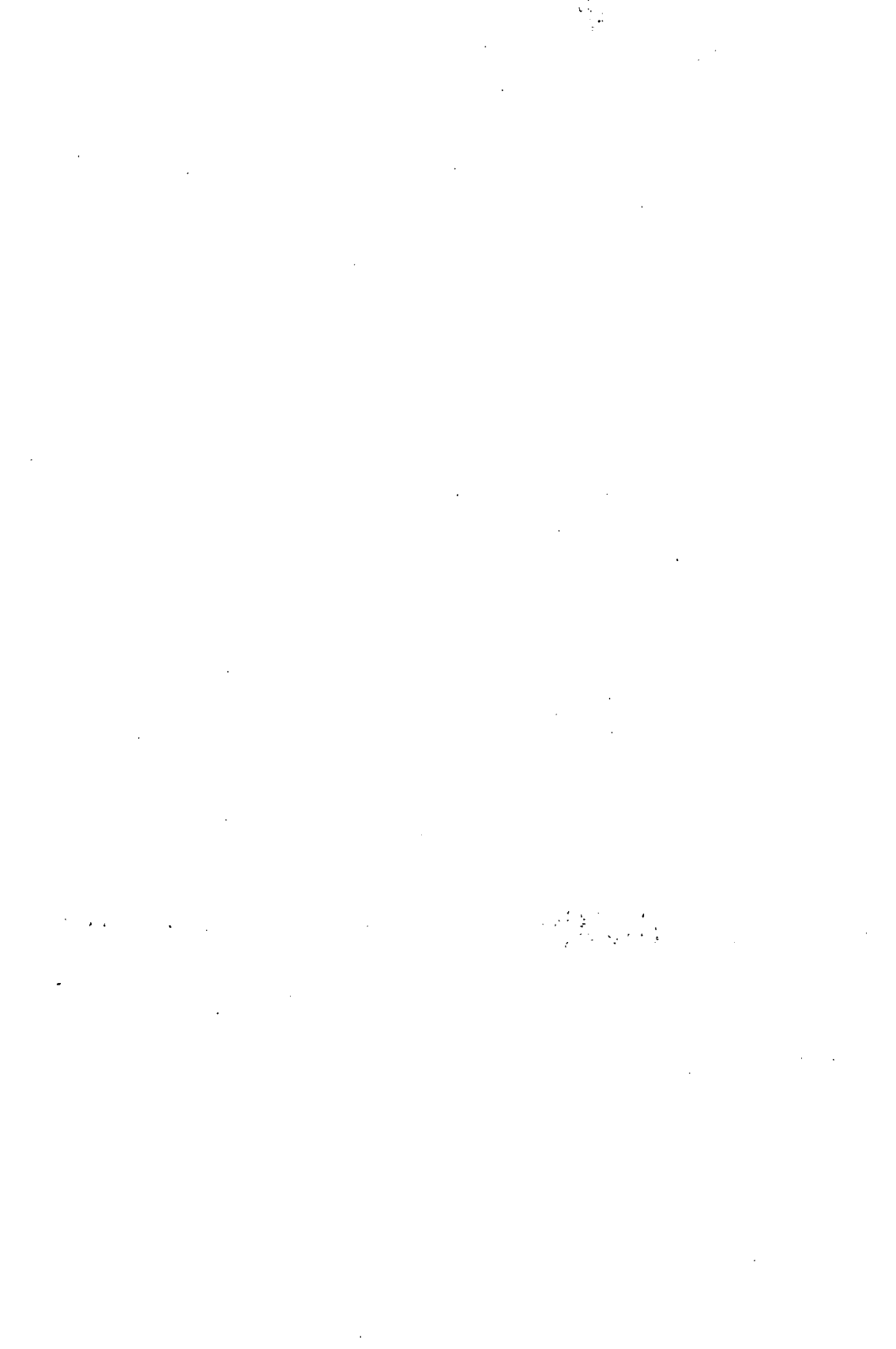
DADOS HISTÓRICOS. — Direito portuguez. Censos reservativos e consignativos. O Código Civil portuguez aboliu o censo reservativo. Direito patrio e romano ... 393

§ 87

DO CONTRACTO DE CONSTITUIÇÃO DE RENDA. — Definição. Pode ser constituída por acto entre vivos ou testamento. Constituída a favor de pessoa fallecida ou que venha a fallecer dentro dos trinta dias seguintes á conclusão do contracto. Vitalicia e a termo. Constituída a favor de diversas pessoas. Direito do credor ao recebimento da renda. Substituição do beneficiado. Transferencia do immovel sujeito á renda. Direito do censuista para executar o immovel. Desapropriação, seguro, reparação do damno. Resgate. Indivisibilidade do direito do credor da renda e solidariedade da obrigação. Extinção da renda. Prescripção 395

§ 88

LEGISLAÇÃO COMPARADA. — Direito francez, allemão, portuguez, hespanhol, italiano, venezuelano, chileno, argentino, peruano	390
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------



Direito das Coisas – Volume I (edição fac-similar), de Clóvis Beviláqua, foi impresso em papel vergê areia 85g/m², nas oficinas da SEEP (Secretaria Especial de Editoração e Publicações), do Senado Federal, em Brasília. Acabou-se de imprimir em setembro de 2003, como parte integrante da Coleção *História do Direito Brasileiro – Série Direito Civil* (Volume 3).



Coleção

História do Direito
Brasileiro



Direito Civil

ANTONIO JOAQUIM RIBAS
Curso de Direito Civil brasileiro

ANTONIO MAGARINOS TÔRRES
Nota Promissória - estudos da lei, da doutrina e da jurisprudência cambial brasileira

AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS
Consolidação das Leis Civis

AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS
Código Civil: esboço

CLÓVIS BEVLÁQUA
Direito das Coisas

FRANCISCO DE PAULA LACERDA DE ALMEIDA
Obrigações: exposição systematica desta parte do Direito Civil patrio segundo o methodo dos "Direitos de Família" e "Direito das Cousas" do Conselheiro Lafayette Rodrigues Pereira

JOSÉ DE ALENCAR
A Propriedade pelo Cons. José de Alencar - com uma prefação do Cons. Dr. Antonio Joaquim Ribas

LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA
Direito das Coisas - adaptação ao Código Civil por José Bonifácio de Andrada e Silva

LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA
Direitos de Família - anotações e adaptações ao Código Civil por José Bonifácio de Andrada e Silva

LOURENÇO TRIGO DE LOUREIRO
Instituições de Direito Civil brasileiro

PEDRO ORLANDO
Direitos Autorais: seu conceito, sua prática e respectivas garantias em face das Convenções Internacionais, da legislação federal e da jurisprudência dos tribunais