



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Pedro da Costa Pizzotti Fernandes

*DOMINIUM, POSSESSIO E IN BONIS
HABERE*

DESENHO DA ORGANIZAÇÃO DOMINIAL NO
DIREITO ROMANO CLÁSSICO

Dissertação no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Ciências
Jurídico-Históricas orientada pelo Professor Doutor David Jorge
Magalhães Marques e apresentada Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra

Maio de 2023



Pedro da Costa Pizzotti Fernandes

Dominum, Possessio e In bonis habere

Desenho da organização dominial no direito romano clássico

Dominium, Possessio and In bonis habere

Drawing of the dominial organisation in classical roman law

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do
2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização
em Ciências Jurídico-Históricas

Orientador: Professor Doutor David Jorge Magalhães Marques

Coimbra, 2023

Aos meus avós,
Aos meus pais,
Aos meus amigos,
À Sara.

RESUMO

O presente trabalho busca construir um retrato da organização dominial (isto é, das formas jurídicas de se exercer poder sobre *res*) no direito romano clássico (130 a.C. – 230 d.C.) através da análise de três institutos o *dominium ex iure Quiritium*, a *possessio* e o *in bonis habere* (ou propriedade pretória).

Contudo, antes de entrar no estudo das instituições jurídico-romanas dedicam-se algumas palavras sobre a importância dos estudos romanísticos na atualidade (tema que qualquer estudioso do direito romano não pode descuidar nos dias que correm) e sobre a importância específica das figuras examinadas.

A posterior análise do *dominium* e da *possessio* têm caráter sintético pela vastidão de problemas que as envolvem. Busca-se traços essenciais para a sua caracterização e compreensão como momentos emblemáticos do campo da ordenação dominial definitiva e provisória, respetivamente. Desde modo a exposição é de caráter «estático», ou seja, não se ocupa das dinâmicas de aquisição, extinção e compressão das respetivas figuras.

No que toca ao tratamento da propriedade pretória (*in bonis habere*) o estudo acompanha a análise de alguns casos seguros de manifestação do instituto, portanto, muitas vezes implicando o tratamento de matérias para além do campo dos direitos reais. Mas, antes que um distanciamento do tema principal, estes desenvolvimentos paralelos são o reflexo do método casuístico a partir do qual se constrói a organização dominial em análise.

Do trabalho de reconstrução destes momentos exemplares para a reconstrução da relação do sujeito de direito com as coisas, restará problemática a colocação sistemática de dois institutos unidos por uma *actio*.

PALAVRAS-CHAVE

Direito romano, posse, propriedade, propriedade pretória, direitos reais

ABSTRACT

This study seeks to build a portrait of the dominial organisation (*i.e.* the legal forms of exercising power over *res*) in classical Roman law (130 b.C. – 230 a.C.) by analysing three institutes: *dominium ex iure Quiritium*, *possessio* and *in bonis habere* (or praetory property).

However, before entering the study of roman legal institutions, a few words are devoted to the importance of roman studies nowadays (a theme that any roman law scholar cannot neglect) and to the specific importance of the figures examined.

The subsequent analysis of *dominium* and *possessio* are synthetic due to the vastness of the problems involved. Essential features are sought for their characterization and understanding as emblematic moments of the field of definitive and provisional dominial ordering, respectively. Therefore, the presentation is of a «static» nature, *i.e.* it does not deal with the dynamics of acquisition, extinction and compression of the respective figures.

As regards the treatment of the praetory ownership (*in bonis habere*), the study follows the analysis of some safe cases of its manifestation, many times implying the treatment of matters beyond the field of the rights in rem. But rather than distancing itself from the main theme these parallel developments are a reflection of the casuistic method from which the dominial organisation under analysis is constructed.

From the work of reconstructing these exemplary moments for the reconstruction of the relationship between the legal subject and the things, the systematic placement of two institutes united by an *actio* will remain problematic.

KEY WORDS

Roman law, property, possession, praetory ownership, rights in rem

SIGLAS E ABREVIATURAS

C. – *Codex Iustinianus*

C. Th. – *Codex Theodosianus*

Comm. de agr. qual. – *Commentum de Agrorum Qualitate*

D. – *Iustiniani Digesta*

F. V. – *Iuris Anteiustiniani Fragmenta quae Dicuntur Vaticana*

G. – *Gai Institutionum Commentarii Quattuor*

I. – *Iustiniani institutiones*

Int. P.S. – *Pauli Sententiarum Interpretatio*

La. – edição de Lachmann do *Corpus Agrimensorum Romanorum*

Ulp. Inst. – *Domitii Ulpiani Institutionum Fragmenta Vindobonensia*

P.S. – *Sententiarum Receptarum Libri Quinque qui Vulgo Iulio Paulo Adhuc Tribuntur*

ÍNDICE

Resumo	4
I. Preliminares	9
1. A Importância dos Estudos Romanísticos	9
2. A importância do <i>dominium</i> , da <i>possessio</i> e do <i>in bonis habere</i>	19
II. <i>Dominium</i>	22
1. A propriedade e sua importância jurídico-económica	22
2. Tentativa de definição do direito de propriedade	22
3. Exame terminológico	33
4. Origem da Propriedade Romana	36
5. Titulares	49
6. Objeto.....	50
7. <i>Rei vindicatio</i>	53
III. <i>Possessio</i>	55
1. A posse e a organização dominial provisória	56
2. Origem	57
α) A detenção como ponto de partida	58
β) <i>Usus e possessio</i>	58
β. 1 - O contributo de Cuq.....	58
β. 2 - A evolução da posse segundo Bozza	60
β. 3 - A evolução da posse segundo Kaser	63
γ) A reação de Lauria	64
δ) Síntese	67
3. Noção	68
4. Elementos.....	69
α) <i>Corpus</i>	69
β) <i>Animus</i>	72
5. Tipos possessórios	85
α) <i>Possessio naturalis, ad interdicta e civilis</i>	85
β) <i>Possessio bonae fidei e possessio malae fidei</i>	86
6. <i>Interdicta</i>	88
IV. <i>In bonis habere</i>	95
1. <i>Res Mancipi</i> alienada sem o uso de ato solene.....	96

2. <i>Bonorum possessio</i>	98
3. <i>Bonorum venditio</i>	100
4. <i>Adiudicatio nos iudicia quae imperio continentur</i>	102
5. <i>Ductio servi ex noxali causa</i>	103
6. <i>Missio in possessionem damni infecti ex secundo decreto</i>	106
7. <i>Addictio bonorum libertatem conservandarum causa</i>	112
8. Outros casos	113
9. <i>Actio Publiciana</i>	114
V. Considerações finais. Alguns problemas na colocação da <i>possessio bonae fidei</i> e do <i>in bonis habere</i> na divisão dominial.	116
Bibliografia	120

I. Preliminares

Questionar-se-á: qual a utilidade ou o interesse de se insistir na revisitação do *dominium* e da *possessio*?¹

A resposta requer uma fragmentação em dois pontos fulcrais; primeiramente é necessário justificar o interesse em se continuarem os estudos romanísticos de modo geral, secundariamente (e esta segunda justificação certamente será condicionada pela primeira) é preciso justificar o motivo da propriedade e da posse constituírem um local de encontro tão frequente e antigo entre romanistas (aliás, onde habitam alguns dos maiores desentendimentos da história do pensamento jurídico).

1. A Importância dos Estudos Romanísticos

É inegável a influência do direito romano na formação dos diversos sistemas jurídicos modernos, qualquer um que se proponha a folhear um Código Civil conjuntamente com o *Corpus Iuris Civilis*² encontrará, seguramente, naquele primeiro manifestações da supervivência³ deste último⁴. Contudo, não é apenas o interesse histórico de conhecer as origens das instituições jurídicas⁵ que justifica o estudo do direito romano.

¹ Similar questionamento (apesar de ter maior amplitude por não estar restringido à posse e propriedade) pode ser encontrado em Paulo Polido ADRAGÃO, *Lições de história do direito romano, peninsular e português*, 3ª ed., Porto, Almedina editora, 2021, pg. 35.

² Sobre o *Corpus Iuris Civilis* cfr. Sebastião Costa CRUZ, *Direito Romano (Introdução. Fontes)*, Coimbra, 1973, pg. 441-507; António dos Santos JUSTO, *Direito privado romano, vol. I (parte geral)*, 5ª ed., STVDIA IURIDICA nº50, Coimbra, Coimbra editora, 2011, pg. 94-97; Raul VENTURA, *Manual de Direito Romano I*, Lisboa, Coimbra Editora, 1963, pg. 124-140; Alvaro D'ORS, *Derecho privado romano*, 10ª ed., Navarra, editora Eunsa, 2008, pg. 114-119.

³ Sobre a supervivência do direito romano cfr. CRUZ, *Direito Romano*, pg. 91-101; JUSTO, *Direito...*, vol. I, pg. 98-103; Mário Júlio de Almeida COSTA, *História do direito português*, 5ª ed., com a colaboração de Rui Manuel de Figueiredo Marcos, Coimbra, Almedina editora, 2012, pg. 231-301, 341-351, 353-359, 392-395, 438-441.

⁴ Neste sentido Abelardo Saraiva da Cunha LOBO, *Curso de Direito Romano (história, sujeito e objeto do Direito, instituições jurídicas)*, Edições do Senado Federal – vol. 78, Brasília, conselho editorial do Senado Federal, 2006, pg. 17; observa que, dos 1.807 artigos do Código Civil brasileiro de 1916, 1.445 têm raízes romanas (esta informação nos chegou pela primeira vez através das palavras de José Carlos Moreira ALVES, *Direito Romano*, 19ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2019, pg. 3) e Van WETTER, *Droit Civil en vigueur en Belgique annoté d'après le Droit Romain*, pg. VII, Gand, 1872 apud ALVES, *Direito...*, pg. 3; refere que aproximadamente 2/3 das normas de direito civil belga são de origem romana.

⁵ Note-se que até as instituições que aparentemente se distanciam das soluções romanas, eventualmente, possuem também raízes romanas. Ilustre-se com o exemplo da eficácia real da compra e venda (art. 408º Código Civil), por muito tempo considerada uma inovação do *Code Civil* impulsionada pelo pensamento jusracionalista (neste sentido Augusto Teixeira de FREITAS, *Consolidação das leis civis, vol I, prefácio de Ruy Rosado de Aguiar*. — Ed. fac-sim., Brasília, Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, pg. 348, nota 2), mas também possui raízes romanas (cfr. António Alberto Vieira CURA, *O fundamento romanístico da eficácia*

Usualmente acentuam-se os benefícios que o estudo do direito romano pode propiciar à formação dos juristas, é, portanto, uma grande infelicidade os ataques que frequentemente incidem sobre os estudos romanísticos⁶. Não atoa Cabral de Moncada escreveu sobre «A actual crise do romanismo na Europa» duas vezes no Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra⁷ e, mesmo assim, ilustres autores ainda sentiram a necessidade de remoer o tema no boletim⁸. Em 1973 Sebastião Cruz traz uma compilação das “opiniões dos grandes mestres a respeito do problema”⁹ e não podemos deixar de referir as razões que o autor considera “justificativas da utilidade do ensino do direito romano nas atuais faculdades de direito”¹⁰.

- 1) A primeira razão (e a mais importante, uma vez que a enumeração segue uma hierarquia) seria, como já antevemos, o “alto valor formativo” do estudo do direito romano, “imbuindo [o jurista] dum espírito de justiça, sempre na ânsia de «*alterum non laedere*» (não prejudicar ninguém), e de «*suum cuique tribuere*» (atribuir a cada um o que é seu; o devido; nem mais nem menos)”. O valor formativo do estudo do *Ius Romanum* contribui para que o jurista: a) possua “uma certa liberdade e uma relativa independência da lei”¹¹; b) saiba operar um “casuísmo científico”, isto é,

obrigacional e da eficácia real da compra e venda nos códigos civis espanhol e português, in “Jornadas Romanísticas”, STVDIA IVRIDICA, n.º 70, Coimbra, Coimbra Editora, 2003; António Alberto Vieira CURA, Transmissão da propriedade e aquisição de outros direitos reais (algumas considerações sobre a história do «sistema do título e do modo»), em Estudos em homenagem ao prof. doutor Raul Ventura, volume I, ed. da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2003; António Alberto Vieira CURA, Compra e Venda e transferência da propriedade no direito romano clássico e justiniano (a raiz do «sistema do título e do modo»), in BFDUC, volume comemorativo do 75.º tomo, 2003; estes três estudos foram recentemente compilados em António Alberto Vieira CURA, Fundamentos romanísticos do direito privado I (compra e venda e transmissão da propriedade), 1.ª ed., Aveiro, editora Gestlegal, 2020; SANTOS JUSTO, A., A transferência da propriedade no direito comum (compra e venda e doação), revista Lusíada Direito, n.º 21/22, 2019.

⁶ Não podemos deixar caladas as queixas de CRUZ, *Direito Romano*, pg. XXI (que criticava o pouco tempo consagrado ensino do direito romano em Portugal – um ano na altura que escreveu o professor, tempo que atualmente encontra-se reduzido à um semestre – e também “a opinião de várias pessoas influentes” de sentido contrário ao alargamento dos estudos romanísticos “certamente por total desconhecimento do problema”). Para uma análise dos diversos fatores contribuintes à situação de crise vide António dos Santos JUSTO, *A crise da romanística*, em BFDUC vol. LXXII, 1996, pg. 13-101.

⁷ Cfr. Luiz Cabral de Oliveira de MONCADA, *A actual crise do romanismo na Europa*, em BFDUC XVI (1939-1940) e Luiz Cabral de Oliveira de MONCADA, *A actual crise do romanismo na Europa*, em BFDUC XIX (1943).

⁸ Referimo-nos aos escritos de Manuel Jesús García GARRIDO, *Jurisprudencia romana y actualidad de los estudios romanísticos*, em BFDUC vol. XL (1964) e JUSTO, *A crise...*; cfr. ainda António Alberto Vieira CURA, *O Direito Romano nos primeiros cem anos do Boletim da Faculdade de Direito*, BFDUC vol. XCI (2015).

⁹ CRUZ, *Direito Romano*, pg. XXIII-XXXVI.

¹⁰ CRUZ, *Direito Romano*, pg. 117-120 e JUSTO, *A crise...*, pg. 101 que passamos a seguir.

¹¹ É neste sentido que se direcionam as palavras do professor Diogo Dias: “Com efeito, e mau grado certos aventureiros hodiernos, de vistas porventura turvadas por rútilas cintilações do porvir que, a todo o transe,

saber criar a norma adequada ao caso (diríamos, partindo da norma problema, chegar à norma judicativamente apurada¹²); c) tenha uma “firmeza de princípios” derivada daqueles princípios revelados pelos jurisconsultos romanos e que se fundam na *rerum natura*.

- 2) A segunda razão é a “perfeição técnico-jurídica” alcançada pelos *iurisprudentes* romanos, o que torna o direito romano “um modelo para todo aquele que tem a missão de criar, interpretar ou aplicar o direito”¹³.
- 3) O “interesse prático” é a terceira razão justificativa do ensino do direito romano. Muitas normas atuais são “meras transcrições ou adaptações de certos preceitos romanos” ou pressupõe o conhecimento do direito romano para se conhecerem bem.
- 4) A quarta razão seria o “aspecto histórico”, a possibilidade de ver nos treze séculos de vida do direito romano o melhor “laboratório jurídico”, permitindo ao jurista “ver claramente como as normas jurídicas nascem, evoluem, reagem às diversas constâncias se transformam em simples normas éticas ou até desaparecem”.
- 5) Em quinto lugar Sebastião Cruz enumera outras quatro razões de menor importância:
 - a) o papel fundamental do direito romano para o a ciência do direito comparado; b)
 - a sua possível utilidade como “direito fundamental duns possíveis Estados Unidos

buscam alcançar, em claríssima preterição do alfofre passado que deverá constituir a imprescindível bagagem de todo o afoito viandante, é fora de dúvida que o direito que aí está — aquele que, no momento, se nos apresenta à contemplação — não pode ser inteligido em uma compreensão estreita, seca, dessorada de quaisquer fundamentos prévios justificantes do seu modo-de-ser. Muito pelo contrário, o vero jurista só cumprirá, com justeza, o seu múnus se não se contentar com o fulgor primeiro das inéditas revelações, se empreender aquele esquadrinhamento que tão próprio é dos homens do Direito (aqui, já com maiúscula), se cultivar aquela curiosidade tão frutífera que o faz ver mais além — é dizer, se adoptar uma atitude que o faça ver no Direito muito mais do que a lei.” – *Diogo Figueiredo Perfeito Dias FERREIRA, O contrato de comodato no direito romano e no direito português. Alguns aspetos, Instituto Jurídico – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2020, pg. 9.*

¹² *Fernando José Pinto BRONZE, A equação metodológica (as incógnitas que articula e o modo como se resolve), em Analogias, Coimbra Editora, 2012, pg. 311-391.*

¹³ Repare-se que criar, interpretar e aplicar o direito são atividades contínuas, ou seja, toda aplicação implica uma interpretação e toda interpretação que leva a aplicação do direito é também criadora de direito. Lembramos das palavras de *António CASTANHEIRA NEVES, Metodologia Jurídica (problemas fundamentais), STVDIA IURIDICA n.º 1, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pg. 159*: “do sistema que se parte chega-se a um novo sistema como resultado, pela mediação do problema – ou mais exatamente, pela mediação da experiência problemática que entretanto superou o primeiro sentido do sistema e exige a reconstrução-elaboração de um outro sentido sistemático que assimile regressiva e reconstitutivamente essa experiência.”.

da Europa”¹⁴; c) sua importância para a unificação do direito privado; d) servir de fundamento para uma “certa unidade espiritual da Europa”.¹⁵

Enumeradas estas razões¹⁶, importa referir alguns dos contributos mais recentes da romanística conimbricense que refletem aquela utilidade. Iniciemos convocando os já referidos¹⁷ estudos do professor Vieira Cura sobre os fundamentos romanísticos da compra e venda e transmissão da propriedade, estudos que se revestem de grande interesse prático (para os juristas conhecerem as origens e consequências do sistema do título consagrado no art. 408º nº1 do Código Civil¹⁸), ao mesmo tempo que permitem ilustrar como um sistema de transmissão da propriedade se transforma ao reagir as perturbações causadas pela realidade jurídica¹⁹, refletem a perfeição técnico-jurídica (principalmente no direito justinianeu – em nossa opinião – com a consolidação da *traditio* como única forma de

¹⁴ Esta potencialidade do direito também aparece reconhecida em Eduardo Vera-Cruz PINTO, *Curso de Direito Romano, Lisboa, Príncipe editora, 2020, pg. 277*, quando o autor afirma que “a pluralidade de fontes caracterizadora do *ius Romanum* é o único *principium* possível do direito europeu, na plenitude semântica do termo, isto é, não apenas como origem ou semente, mas também como modelo de crescimento, *recta ratio* e chave da leitura e interpretação dos direitos europeus”.

¹⁵ As razões justificativas da utilidade do ensino do direito romano que se enumeram são seguidas por JUSTO, *Direito...*, vol. I, pg. 26 e 27, e também por ADRAGÃO, *Lições...*, pg. 35, porém, com pequenas alterações: 1) omite a terceira razão, isto é, o interesse prático do ensino do direito romano, contudo, não podemos deixar de ressaltar que o A. em questão parece atribuir um certo “interesse prático” ao “aspeto histórico”, referindo que o laboratório jurídico romano “pode levar a concluir que há soluções que, por se terem manifestado injustas no passado, nem sequer vale a pena experimentar de novo”. Concordamos que o aspeto histórico possa ter uma grande utilidade prática, todavia, não parece que as duas razões sejam equivalentes, muito menos que o “interesse prático” deva sucumbir ao “interesse histórico”, ao contrário, parece que as práticas de estabilização experimentadas por institutos jurídicos ainda vigentes (sobre a vigência como “modo de ser do direito” que conjuga validade e eficácia cfr. Fernando José Pinto BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito, 3ª ed., Coimbra, editora Gestlegal, 2019, pág. 581-606*; sobre a racionalidade jurídica como uma racionalidade dialética entre *práticas de estabilização* [‘arrumação/ordenação sistemática’] e de *realização* [‘interpelação/agitação problemática’]” cfr. José Manuel Aroso LINHARES, *O binómio casos fáceis/casos difíceis e a categoria de inteligibilidade sistema: um contraponto indispensável no mapa do discurso jurídico contemporâneo?*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017, pg. 173-174) interessam a todos aqueles que pretendam aplicar uma certa norma ou princípio jurídico, deste modo, é o “interesse prático” que arrasta consigo a “interesse histórico” (pelo menos para a maioria dos juristas que, não sendo jus-historiadores, não têm uma preocupação em reconstruir os direitos do passado); 2) individualiza a razão contida no ponto cinco alínea a); 3) destaca a centralidade do direito romano para o estudo do direito Europeu (ponto este que revela uma certa congruência entre aquelas três últimas alíneas do número 5).

¹⁶ E considerando que “uma coisa é certa: o romanista não pode continuar a assistir à morte lenta do *Ius Romanum*, expondo simplesmente (para quem não o ouve) as razões justificativas do ensino do Direito Romano” – JUSTO, *A crise...*, pg. 123.

¹⁷ Nota 5.

¹⁸ Cfr. Manuel Henrique MESQUITA, *Direitos reais (sumário das lições ao curso de 1966-1967)*, Coimbra, policopiado, 1967, pg. 50-51; Orlando de CARVALHO, *Direito das coisas, coordenação Francisco Liberal Fernandes, Maria Raquel Guimarães, Maria Regina Redinha, 1ª ed., Coimbra editora, Porto, 2012, pg. 196-204*; Mónica Vanderleia Alves de Sousa JARDIM, *Os sistemas registrais e sua diversidade*, *Revista Argumentum*, vol. 21, nº 1, Marília/SP, Jan.-Abr. 2020.

¹⁹ Sobre a realidade jurídica enquanto estrato constitutivo do sistema jurídico vide BRONZE, *Lições...*, pg. 669.

aquisição derivada da propriedade) e não deixa de auxiliar o jurista a ter uma “firmeza de princípios”, nomeadamente, quanto ao princípio da consensualidade. Da autoria do mesmo autor, *A «fiducia» Romana e a alienação fiduciária em garantia do direito actual*²⁰ exemplifica perfeitamente como as construções da ciência jurídica romana, mesmo quando passam muito tempo submersas, eventualmente voltam à superfície²¹.

Outros dois estudos, ambos da autoria de nosso mestre David Magalhães, evidenciam a utilidade dos estudos romanísticos na atualidade. Começamos pelo estudo *O interdictum quod vi aut clam, uma protecção racional do meio ambiente*²², escrito donde resulta incontestável a conclusão do A. de que o *interdictum* “estava longe, pois, de ser um simples instrumento de proteção da propriedade privada, quer pela amplíssima legitimidade ativa (inclusive contra o *dominus*), quer porque, ao protegerem-se os interesses dos beneficiados (também o *dominus*, claro), protegia-se o ambiente. § A ideia de que a propriedade e os outros direitos privados são antinómicos com a proteção ambiental é absolutamente incompreensível”. Sai reforçada a perplexidade do autor “por o *interdictum quod vi aut clam* se ter perdido na noite dos tempos”, mas, mais que isso, sai fortificada a ideia de que ainda existem muitos “usos modernos das pandectas” que deveriam ser explorados. O segundo estudo que gostaríamos de referir é *Changing Law by Analogy, the importance of analogical reasoning to the dynamics of private law, since roman legal thought*²³, onde são explorados dois exemplos de como o raciocínio analógico é ferramenta fundamental para o desenvolvimento do direito, os exemplos referem-se a *quasi possessio* e a tutela possessória

²⁰ António Alberto Vieira CURA, António, *A «fiducia» romana e a alienação fiduciária em garantia do direito actual, em O sistema contratural romano: de Roma ao direito actual, ed. especial da faculdade de direito de Lisboa, Coimbra editora, 2010*; cfr. também António Alberto Vieira CURA, *Fiducia cum creditore (aspectos gerais), Coimbra, 1990*; e Luís Miguel Pestana de VASCONCELOS, *Direito das Garantias, 3ª ed., Porto, Almedina editora, 2020, pg. 637-646*.

²¹ Além disso, e como tivermos oportunidade de defender na comunicação “Entre cortes e cortes – distância entre as cortes na monarquia limitada e as cortes na Constituição de 1822” realizada no congresso “A revolução de 1820 e a Constituição de 1822: 200 anos do liberalismo em Portugal” (22 e 23 de setembro de 2022) em sessão moderada pelo próprio professor Vieira Cura, o trabalho tem também o inegável mérito de, na aproximação que faz das duas figuras, comunicar o termo de comparação que neste exercício analógico leva a concluir pela semelhança das figuras (exemplifique-se com a semelhança que perpassa as coisas que possivelmente podem ser objeto de *fiducia: res Mancipi* e instrumentos financeiros; que, quando iluminados sob a ótica da sua importância sócio económica, permitem-nos concluir pela semelhança entre as figuras). A transparência do termo de comparação nestas analogias que mobilizam figuras diacrónicas é fulcral para a compreensão dos limites e impõe-se como dever procedimental daqueles que trabalham a historiografia jurídica.

²² David MAGALHÃES, *O interdictum quod vi aut clam, uma protecção racional do meio ambiente, BFDUC vol. XCVI (2020), Tomo I, pg. 213-239*.

²³ David MAGALHÃES, *Changing Law by Analogy, the importance of analogical reasoning to the dynamics of private law, since roman legal thought*²³, *BFDUC vol. XCV, Tomo II, 2019, pg. 1597-1612*.

garantida a certos detentores, contudo, parece-nos fulcral salientar a importância deste estudo em relação com aquelas “razões justificativas da utilidade do ensino do direito romano nas atuais faculdades de direito”. Antes de mais, a centralidade do pensamento analógico no direito romano vem sendo sublinhada pela mais autorizada dogmática jurídica, Franz Wieacker²⁴ expôs com mestria como por detrás do *respondere*²⁵ perpassam juízos

²⁴ Franz WIEACKER, *Fundamentos de la formación del sistema en la jurisprudencia romana*, trad. José Luis Linares, editorial Comares, 1998.

²⁵ “resolver casos práticos, através de pareceres (responso) dados a particulares ou a magistrados. É a função mais importante [da jurisprudência romana]” – *JUSTO, Direito...*, vol. I, pg. 86.

analógicos²⁶. Entre nós Castanheira Neves já disse “o direito é originariamente analógico”²⁷. Cumpre-nos enfatizar a pertinência deste estudo num momento de reconvocação da racionalidade prática no plano jurídico²⁸, onde a analogia é o principal operador noético do

²⁶ Se nos permitirem uma breve excursão sobre o referido texto, não deixa de se revelar um certo juízo analógico também nas atividades de *agere* (“aconselhar os particulares em matéria processual” – *JUSTO, Direito...*, vol. I, pg. 86) e de *cavere* (“aconselhar os particulares sobre como deviam realizar seus negócios jurídicos” – *JUSTO, Direito...*, vol. I, pg. 86) – sobre as funções da *iurisprudencia* cfr. *CRUZ, Direito Romano*, pg. 291-292; *PINTO, Curso...*, pg. 291-293. Segundo Wieacker “el *agere* reclamaba de los juristas más antiguos la subsunción prospectiva del asunto controvertido en la relación jurídica señalada en las palabras solemnes – un *dare oportere* o un *meum esse ex iure Quiritium*, exigiendo así despejar los rasgos conceptuales jurídicamente relevantes, ocultos en el asunto controvertido. A pesar de lo trivial que parece esta operación intelectual, implica ya un juicio cognoscitivo sobre el encaje de los hechos controvertidos en ideas jurídicas abstractas como la de *obligatio* (*dare oportere*), o diversos *iura in re* (*meum esse ex iure Quiritium*). El esbozo de una nueva fórmula solemne lo estimuló, sobre todo, el proceso de conocimiento del Derecho, que fomentaba tanto un enjuiciamiento preliminar de la necesidad de tutela jurídica en una nueva situación, como la concepción de un texto de la fórmula, cuya aplicación por él *iudex* sirva exactamente a esta nueva necesidad” (*WIEACKER, Fundamentos de la formación del sistema...*, pg. 25-26). Ora, não nos parece que o juízo de necessidade de tutela jurídica e a melhor forma de alcançar esta tutela escapem aos juízos de analogia, na medida que reclama uma precisamente recortada *quaestio iuris* (“como problema jurídico, com precisão única, excluyente” – *WIEACKER, Fundamentos de la formación del sistema...*, pg. 25), reflexo dum apurada “judicia metodonológica” do operador do direito (*BRONZE, A equação...*, pg. 389). Tal juízo visa justamente “trazer-à-correspondência’ o problema autonomizado e a intencionalidade problemática do direito” (*Fernando José Pinto BRONZE, Metodologia do Direito, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2020, pg. 308*, ver também *Fernando José Pinto BRONZE, A metodonologia entre a semelhança e a diferença (reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico)*, *STVDIA IURIDICA 3, Coimbra, Coimbra editora, 1994, pg. 418-431*) e, portanto, não é tão distante das analogias de objetivação tematizante e de qualificação especificante propostas por Pinto Bronze (o que não significa que os juízos analógicos traçados pelos *iurisprudentes* sejam, de qualquer modo, identificáveis com as referidas analogias) e que constituem o que o A. chama de “momento pressuponente” (já Castanheira Neves denomina-o “momento de determinação do âmbito de relevância jurídica a reconhecer à situação histórico-concreta problemática”, cfr. *NEVES, Metodologia...*, pg. 163 e *BRONZE, Metodologia...*, pg. 308-312). Quanto ao *cavere*, o próprio mestre alemão refere que “el asesoramiento al concluir un negocio exigía tanto la correcta apreciación de las intenciones y fines de las partes contractuales como asimismo la precisión del *ius* aplicable a un eventual litigio futuro. Incluso el que proponía un formulario tradicional debía – al igual que hoy el notario – dar cuenta de la relación entre forma negocial, eficacia jurídica y resultado del negocio. Al final, el desarrollo de nuevos formularios negociales suponía un juicio de previsiones semejante al del proyecto de una nueva fórmula procesal” (*WIEACKER, Fundamentos de la formación del sistema...*, pg. 26). Estas previsões apenas são possíveis uma vez trazida-à-correspondência a semelhança entre negócio jurídico realizando e outros negócios jurídicos já realizados (ao nosso ver, o processo de assimilação de uma realidade por uma fórmula negocial não se afasta muito daquele outro processo de assimilação normativa da relevância do caso pela norma – cfr. *NEVES, Metodologia...*, pg. 176-184 e *BRONZE, Metodologia...*, pg. 341-342 – onde a não assimilação pelas fórmulas existentes da nova realidade implica que surja uma nova fórmula negocial, deste modo, não só a construção de um novo negócio jurídico implica o desenvolvimento de raciocínios analógicos, também a adequação de uma realidade que se intenciona regular à uma fórmula negocial já existente implica o mesmo operador noético). Indo mais além, *Vicente ARANGIO-RUIZ, Historia del Derecho Romano, traducción da 2ª ed. italiana por Francisco de Pelsmaeker e Ivañez, 4ª ed., Instituto editorial Reus, Madrid, 1980, pg. 71*, afirma que, mesmo antes da Lei das XII Tábuas “las costumbres primitivas observadas con anterioridad a esta ley en las relaciones entre ciudadanos ofrecían, sin duda alguna, la posibilidad de sutiles deducciones y de aplicaciones analógicas, mediante las cuales se podían satisfacer las exigencias cambiantes del sentimiento jurídico” (itálico nosso).

²⁷ *NEVES, Metodologia...*, pg. 270.

²⁸ *Vide Fernando José Pinto BRONZE, Breves considerações sobre o estado atual da questão metodonológica, em Analogias, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pg. 9-29.*

juízo judicativo-decisório²⁹. Ainda na escola conimbricense, recentemente o professor Diogo Dias publicou um estudo intitulado *O contrato de comodato no direito romano e no direito português. Alguns aspetos*; onde o A. busca demonstrar, “a propósito de uma figura contratual em particular — o contrato de comodato —, a existência (rectius, persistência) de inúmeras marcas romanísticas no nosso direito hodierno.”³⁰ Busca esta, se nos é permitido o comentário, finamente alinhada com a visão que enxerga no direito romano a “base fundante de larga cópia de institutos jurídicos dos nossos dias, a herança que nos legaram os jurisconsultos da antiga Roma impregna bastamente todos os recantos da juridicidade.”³¹

Olhando para a capital, a jus-romanística lisboeta também tem contribuído para o reflorescer do ensino do direito romano³². Eduardo Vera-Cruz (na sua “proposta pedagógica que recoloca o conceito de Direito como conjunto de regras criadas e aplicadas por jurisprudentes em ligação à *auctoritas* dos jurisprudentes e à História do Direito Romano”³³) destaca a importância do ensino do direito romano para a compreensão da distância que existe entre “norma legal” e “regra jurídica”³⁴. Distinção que não pode ser esquecida em tempos de «legisladores desbocados», onde “o *ius* só aparece pela lei e submetido aos superiores interesses dos titulares do poder político. O que significa muito raramente e quase

²⁹ “... a analogia, de expediente lógico apenas utilizável em sede de integração de lacunas (...), se transformou num operador que sintetiza o *modus* discursivo que perpassa toda a problemática da racionalizada realização judicativa do direito, quer esta se processe pela mediação de critérios pré-objetivados no *corpus iuris*, ou nele objetiváveis atentas as justiciavelmente vigentes projeções práticas de princípios normativos já explorados, nesse mesmo horizonte, embora noutras direções (hipóteses em que a nova direção, agora proposta pelo caso, não deixa de ter na anteriormente percorrida um apoio mais ou menos extensamente utilizável), quer sem essa mediação.” – BRONZE, *Breves considerações...*, pg. 26 e 27. Sobre a analogia no atual pensamento metodonomológico cfr. também Fernando José Pinto BRONZE, *O problema da analogia iuris, em Analogias, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pg. 265-280 e BRONZE, Metodologia...*, pg. 223-265.

³⁰ FERREIRA, *O contrato de comodato...*, pg. 10.

³¹ *Ibid.*

³² Para aqueles interessados no “longo percurso iniciado com a reintrodução da disciplina de Direito Romano no plano curricular de estudos da licenciatura em Direito na Escola de Lisboa” cfr. a bibliografia indicada em Eduardo Vera-Cruz PINTO, *Lições de História do Direito Romano I – Síntese geral [753 a.C. – 565]*, Lisboa, AAFDL editora, 2019, pg. 9.

³³ PINTO, *Lições...*, pg. 30. Subjaz a esta proposta uma minuciosa perspetiva sobre o problema das fontes do direito romano, segundo o A.: “se regras e exceções são a fonte primeira de expressão do Direito; o jurisprudente é *auctor*, pois é ele que cria a regra que revela de Direito. Então a fonte primeira e o destinatário último do Direito é a pessoa humana. Como escreveu Hemogeniano (D. 1, 5, 2): *hominum causa omne ius constitutum sit* – ‘seja todo o direito constituído por causa dos homens’.” (*ibid.*, pg. 25); “importa definir a fonte de direito romano como um momento constituinte institucional que produz uma norma positiva, mediante uma síntese de *auctoritas* e *ratio*. Fundamental como modelo de constituição da juricidade normativa vigente, a fonte de Direito em Roma implica, insistimos, uma reflexão sobre os modos de vigência, não sobre as formas de exercício do poder. Podíamos então dizer com Hans Welsel: ‘o Direito deve mostrar-se como Direito e não simplesmente como poder’” – o tema das fontes do direito romano é desenvolvido em *ibid.*, pg. 181-313, a citação transcrita provém das pg. 207-208.

³⁴ PINTO, *Lições...*, pg. 28-34.

sempre torcido e deturpado para fins legitimadores estranhos à justiça e à equidade.”³⁵ Nunca esqueçamos a lição de Paulus (D. 50, 17, 1) *non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat*³⁶. O estudo do direito romano não serve apenas para compreender o “início da canibalização do *ius* pela *lex*”³⁷, mas permite preparar alternativas “viáveis e fiáveis”³⁸. Deste modo a utilidade do ensino do *ius Romanum* “não está no facto de ser ele um antecedente do moderno Direito Civil ou a melhor forma de treinar juristas na exegese de textos, mas sim nas suas potencialidades como modelo para pensar/recriar o Direito a partir do caso concreto, aplicando a regra jurídica adequada a possibilitar uma solução justa e equilibrada.”³⁹

Além-mar, Moreira Alves, observa: “A necessidade do estudo universitário do direito romano nem sempre esteve em debate. (...) As dúvidas e os ataques relativos a essa necessidade surgem no século XIX com as codificações modernas que ab-rogam o que do direito romano se encontrava vigente”.⁴⁰ Mas, em tempos em que o direito romano não é mais aplicável enquanto direito vigente “não há como negar, (...), que se impõe a integração do direito romano no currículo universitário como disciplina cultural e formativa, com função antes propedêutica do que complementar, por indispensável à melhor compreensão do direito, requisito básico para que as universidades não se transformem em fábricas de meros tecnocratas jurídicos”⁴¹

Por nossa parte, permitir-nos-emos trazer à tona os ensinamentos de Franz Wieacker para não olvidar que “a missão cognitiva da história do direito – como a de qualquer outra história – não se fundamenta no material previamente estabelecido dos dados e factos históricos e na sua utilidade para o presente, mas na historicidade da nossa própria

³⁵ PINTO, *Curso...*, pg. 161.

³⁶ Na tradução de PINTO, *Lições...*, pg.45: «o direito não deriva da regra, mas é a regra que surge do direito preexistente».

³⁷ O Principado como epicentro deste processo é desenvolvido pelo A. em PINTO, *Curso...*, pg. 83-152. Lembre-se que para o romanista: “Ensinar História do Direito Romano na Universidade implica assumir um compromisso didático de explicar o que é e como surgiu o Jurídico na História da Humanidade. Significa também lembrar a história da subordinação do Direito ao Político, do Justo ao útil, do Saber ao poder, da Verdade à conveniência e denunciar a falácia e o erro de designar como Direito o legislado” (PINTO, *Lições...*, pg. 43).

³⁸ PINTO, *Lições...*, pg. 29.

³⁹ PINTO, *Curso...*, pg. 210.

⁴⁰ José Carlos Moreira ALVES, *Universidade, cultura e direito romano, em Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, n° 87, 1992, pg. 47.*

⁴¹ *Ibid.*, pg. 61.

existência.”⁴² Se os romanos contaminaram com uma pulsão pragmática o pensamento reflexivo helénico sobre a justiça autonomizando o direito⁴³ e transformando-o na *ars boni et aequi* (D. 1, 1, 1 pr.)⁴⁴, é num certo sentido de continuidade⁴⁵ desta herança cultural que se desenvolveram todos os sistemas jurídicos ocidentais. Através do estudo do direito romano compreendemos como a historicidade é constitutiva de toda a juricidade e não só,

⁴² Franz WIEACKER, *História do Direito Privado Moderno*, tradução de A. M. Botelho Hespanha, Lisboa, Fundação Calouste Gulbekian, 1980, pg. 4.

⁴³ Neste sentido BRONZE, *Metodologia...*, pg. 38.

⁴⁴ Na tradução de JUSTO, *Direito...*, vol. I, pg. 30: “(O direito) é a arte do bom e do equitativo”. Sobre esta referida transformação segue a transcrição de HERVADA, J., *Crítica Introdutória ao Direito Natural*, Rés-Editora, Porto, 1990, pg. 13 apud. ADRAGÃO, *Lições de história do direito romano...*, pg. 26: “quando em Roma, os juristas conseguiram *ius redigere in artem* – transformar o direito em arte – não introduziram algo de radicalmente novo na sociedade humana. Aperfeiçoaram, até o constituir num momento de sabedoria, o saber fazer, o que desde os inícios da humanidade constituía uma necessidade da convivência entre os homens, uma necessidade da prática diária: saber dar a cada homem o que é seu; ou seja, o que correspondia a cada um na escala das relações humanas, em que está em jogo uma séria de bens. O que é que pertencia ao vendedor e ao comprador, o que era pertença do *paterfamilias* ou de cada uma das pessoas sujeitas ao seu domínio (*manus*), o que devia dar o senhorio ao arrendatário, de quem eram os bens obtidos pelo escravo mediante o seu trabalho, etc.”

⁴⁵ “A palavra continuidade tem, na verdade, dois sentidos. Ou significa a permanência do ator histórico (o povo) para além das mutações das suas formas culturais («continuidade germânica»), ou a permanência das formas culturais para além das mutações do seu portador («continuidade da cultura antiga»). É neste último sentido que se deve ser compreendida quando representa a receção como uma supervivência do direito romano junto dos jovens povos. É assim, por exemplo, que – na bela e expressiva comparação de Goethe do direito como um pato que continuamente mergulha e vem ao de cima – se exprime a conceção de que ele algo sempre permanente, ainda que momentaneamente invisível, mas logo, de novo, manifesto.” – WIEACKER, *História do Direito Privado Moderno*, pg. 131.

compreender-se-á como a historicidade é constitutiva do que somos⁴⁶, do que temos⁴⁷ e do que almejamos⁴⁸.⁴⁹

2. A importância do *dominium*, da *possessio* e do *in bonis habere*

Poder-se-ia facilmente justificar o interesse no estudo da *possessio* pela importância da controvérsia entre Ihering e Savigny para a história do pensamento jurídico. Por outro lado, o estudo da propriedade romana poderia ser justificado pela forma como aquele regime influenciou a construção da propriedade conforme consta nos modernos códigos. Todavia, no primeiro caso justificar-se-ia o estudo jurídico-histórico como ferramenta dos estudos jurídico-filosóficos⁵⁰ e, no segundo, o interesse esgotar-se-ia nos limites da atual

⁴⁶ Lembrando que ser pessoa é, com todo o conteúdo ético deste significante, uma aquisição cultural seguramente fruto da historicidade. Cfr. António Castanheira NEVES, *O direito interrogado pelo tempo presente na perspectiva do futuro, em O Direito e o Futuro. O Futuro do Direito*, editora Almedina, 2008, pg. 18-19; José Manuel Aroso LINHARES, *Humanitas, singularidade étnico-genealógica e universalidade cívico-territorial (o “pormenor” do Direito da Europa das Nações: um diálogo com o narrativismo comunitarista)*, *Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 15, nº1, 2006, pg. 64; Ana Margarida Simões GAUDÊNCIO, *Ana Margarida Simões, O intervalo da tolerância nas fronteiras da juridicidade (fundamentos e condições de possibilidade da projecção jurídica de uma (re)construção normativamente substancial da exigência de tolerância)*, *STVDIA IVRIDICA* nº 111, Coimbra, Instituto Jurídico da Universidade de Coimbra, 2019, pg. 348 (onde a A. convoca os dois interlocutores imediatamente infracitados); Carlos Alberto da Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil, 4ª ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pg. 98-100; Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda BARBOSA, *Estudos de Teoria Geral do Direito Civil, 1ª ed.*, Príncipe editora, 2017, pg. 15-36.

⁴⁷ Cingindo-nos aos arredores do nosso tema, podemos exemplificar com o caso dos imóveis situados nos *fundi* provinciais cuja propriedade pertencia ao *populus Romanus* ou ao imperador (conforme se tratasse de uma província senatorial ou imperial), restando aos particulares a mera *possessio* destes imóveis (tema este que não será tratado neste estudo, de qualquer forma cfr. António Alberto dos Santos JUSTO, *Direito privado romano, vol. III (direitos reais)*, *STVDIA IVRIDICA* 26, Coimbra, Coimbra Editora, 1997, pg. 139-145; Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *A locatio-conductio e a utilização do domínio público pelos particulares, em Fundamentos Romanísticos del Derecho Contemporáneo V. derechos reale*, vol. I, cordenador Luis Rodríguez Ennes, AIDROM, 2021; Juan IGLESIAS, *Derecho romano, 18ª ed.*, Madri, Sello Editorial, 2010, pg. 176-177; Arrigo DERNBURG, *Pandette, vol. I parte II-diritto reali*, tradução de Francesco Bernardino Cicala, Roma-Torino-Milão, Fratelli Bocca Editori, Roma-Torino-Milão, 1907, pg. 86-87; Pietro BONFANTE, *Corso di diritto romano, vol. II sez. II*, Roma, Attilio Sampaolesi Editore, 1928, pg. 313-314; Edoardo VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, Edizioni Ricerche, 1961, pg. 368-379; Giannetto LONGO, *Corso di diritto romano – I (diritto reali)*, Padova, CEDAM, 1962, pg. 235-241; Mario TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 1990, pg. 394-402).

⁴⁸ Quiçá, reconstruindo historicamente nossos objetivos civilizacionais, possamos escolher o direito em detrimento de suas alternativas; cfr. António Castanheira NEVES, *Uma reconstrução do sentido do direito – na sua autonomia, nos seus limites, nas suas alternativas*, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*, v. 1 n. 1, 2012; António Castanheira NEVES, *O problema da autonomia do direito no actual problema da juridicidade*, in J. A. Pinto Ribeiro (coord.), *O homem e o tempo. Liber amicorum para Miguel Baptista Pereira*, Porto, 1999.

⁴⁹ Em sentido próximo escreveu FERREIRA, *O contrato de comodato...*, pg. 9: “Aquilo que somos, a forma que temos, o mundo em que vivemos não são mera obra do imediato, do actual: são produto historicamente decantado, corolário lógico (ou ilógico, porque não?) do devir dos tempos, síntese da actividade transformadora dos séculos, produto sempre inacabado.”

⁵⁰ Apesar de não se poder negar as semelhanças entre História e Filosofia enquanto ramos do saber que, não possuindo um objeto exclusivamente seu, ocupam-se da generalidade da existência humana; cfr. COSTA,

configuração do direito de propriedade, deixando de fora tudo aquilo que não passou para a atual configuração deste (e assim apagar-se-ia tudo aquilo que, marcado pelo esquecimento ou descontinuidade, não deixa de ser história).

Em boa verdade a segunda hipótese seria mais aceitável que a primeira, manter-se-ia a autonomia didática da história do direito⁵¹, ao mesmo tempo concretizaria aquela terceira razão justificativa do ensino do direito ramo (isto é, seu «interesse prático»). Contudo, não parece ser aceitável uma justificação tão limitada. Antes, o estudo destas figuras justifica-se por sua análise permitir uma síntese de todas aquelas razões justificativas da utilidade dos estudos romanísticos. São objetivos ambiciosos que se coadunam com a grandiosidade do objeto de estudo.

Podemos ir além e sustentar que, mesmo para aquele que não seja um estudioso do direito, a ordenação dominial estabelecida pelo direito é incontornável, na medida que condiciona a afetação de bens⁵² para a satisfação de necessidades⁵³. Desde modo, a origem romana desta ordenação dominial tem a potencialidade de extrapolar o interesse apenas jurídico das figuras e ser um arrimo central para todos aqueles discursos que interdisciplinarmente convocam a pressuposta tutela jurídica duma relação dominial – sejam discursos económicos, sociológicos, históricos, filosóficos...

História..., pg. 25-42; *Ruy de ALBUQUERQUE / Martim de ALBUQUERQUE, História do direito português, vol. I, Sintra, AAFDL editora, 2005, pg. 41-80; ADRAGÃO, Lições...*, pg. 15-18.

⁵¹ Mas a não a autonomia metodológica: “Porque a verdade é que o historiador jurista não tem que procurar a causa das normas e instituições do passado com o mesmo critério com que o historiador da história geral, por exemplo, procura a causa duma guerra entre dois povos numa oposição dos seus interesses de expansão comercial..., ou como o historiador economista procura a causa do advento dum certo regime económico no desenvolvimento de certa técnica dos instrumentos de produção. Não: o que ele procura é apenas reconstruir os diversos ‘sistemas jurídicos’ que existiram no passado, fixá-los e explicá-los, mas isso sem sair do seu específico campo jurídico e, portanto, buscando surpreender e determinar aí relações de natureza sobretudo lógica entre os próprios factos e conceitos jurídicos entre si e não nas relações sociológicas, genéticas, entre eles e outros fatores humano-sociais.

(...) é que só assim a história do direito poderá continuar a desempenhar um papel de verdadeira utilidade pedagógica no ensino da ciência jurídica e no quadro das disciplinas das Faculdades de direito” (*Luiz Cabral de MONCADA, O problema metodológico na ciência da história do direito português (critério para uma nova divisão cronológica), Anuário de Historia del Derecho Español, Madrid, 1933, pg. 25*).

⁵² Diríamos, bens coisificáveis, porquê: “Há bens não coisificáveis (nem coisas nem convertíveis em coisas): as pessoas (a própria pessoa e a pessoa de outrem), que são objeto dos direitos de personalidade (a 1ª) e dos direitos sobre pessoa e outrem (2ª), as prestações (por serem comportamentos da pessoa e incidíveis dela), que são objeto dos direitos de crédito e as situações económicas não autónomas (vantagens ligadas incindivelmente a outros bens – o casos da clientela de um estabelecimento comercial; ou certas titularidades jurídicas – por ex., a vantagem de ser credor (ou devedor) de Rockefeller, ainda que seja só de um cêntimo).” – *Orlando de CARVALHO, Teoria Geral do Direito Civil, 4ª ed., editora Gestlegal, 2021, pg. 160*.

⁵³ *PORTO, Manuel Carlos Lopes, Economia: um texto introdutório, Coimbra, editora Almedina, 2014, pg. 29-36*.

Por outro lado, o tratamento em conjunto da posse e da propriedade sustenta-se por si só, nunca antes foi visto um excursus sobre a propriedade que não resvalasse na posse ou o contrário. Posse e propriedade aparecem ligadas como os átomos de hidrogênio e oxigênio numa molécula d'água⁵⁴ e constituem o núcleo da geodierética⁵⁵, contudo, ao nosso ver, para bem conhecer a organização dominial romana clássica é necessário acrescentar um terceiro, o *in bonis habere*.

Se a tutela da propriedade surge justamente pela insuficiência das sociedades bastarem-se com uma “mera sujeição de facto dos bens ao poder do homem”⁵⁶, portanto, é “missão fundamental do direito organizar, segundo os valores jurídicos, os poderes dos homens sobre as coisas e o conteúdo das relações entre os homens a respeito das coisas”⁵⁷. A experiência jurídica desenvolveu-se no sentido de atribuir a posição central da organização dominial definitiva ao direito de propriedade enquanto *plena in re potestas* “limitável em direitos sobre coisas não próprias”, mas sempre com a “potencialidade para automaticamente retomar a plenitude normal logo que cessem os ónus de natureza real que o comprimem ou reduzam”⁵⁸. Enquanto a organização dominial provisória permaneceu como campo seletivo da posse. Porém, um retrato da organização dominial no direito romano clássico encontra sério empecilho na colocação e dois particulares institutos, são eles o já referido *in bonis habere* e a *possessio bonae fidei*.

⁵⁴ Roubamos a metáfora de BRONZE, *Metodologia...*, pg. 306.

⁵⁵ “Él régimen del reparto de la Tierra entre los hombres puede designarse como «Geodierética». «Diéresis» es el reparto y (...) por «Ge» puede entenderse, no solo «La Seca», sino todo el espacio como totalidad del ámbito sensible de los hombres” (Álvaro D’ORS, *La posesión del espacio*, Madri, editorial Civitas, 1998, pg. 18).

⁵⁶ PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, pg. 144.

⁵⁷ *Ibid.*, pg. 145.

⁵⁸ MESQUITA, *Direitos reais*, pg. 54 e 136.

II. *Dominium*

1. A propriedade e sua importância jurídico-econômica

Afirmar que as exigências do tráfico econômico-jurídico são satisfeitas primeiramente pela propriedade⁵⁹ se coaduna perfeitamente com a função do Direito das Coisas de institucionalizar ou consolidar as estruturas socioeconômicas⁶⁰. Afinal, a ordenação dominial definitiva realiza-se através dos direitos reais, estes *iura in re*, por sua vez, “constituem uma aproximação, derivação ou expressão da forma plena de domínio sobre os bens, quer dizer, do direito de propriedade”⁶¹. Resulta claro que o direito de propriedade goza de uma posição privilegiada no sistema de ordenação dominial definitiva. Portanto, nada mais apto para constituir um ponto de partida do que buscar a definição do direito de propriedade (*dominium*) no direito romano.

2. Tentativa de definição do direito de propriedade

Na romanística é incontornável a definição de propriedade oferecida por Bonfante:

“La proprietà è la signoria più generale, in atto o in potenza, sulla cosa.”⁶²

Ou:

“La proprietà romana è la signoria eminente tra le varie signorie generali sulla cosa”⁶³

⁵⁹ Ver IGLESIAS, *Derecho...*, pg. 163.

⁶⁰ Neste sentido CARVALHO, *Direito das Coisas*, pg. 233.

⁶¹ *Ibid.*, pg. 237.

⁶² Pietro BONFANTE, *Corso di diritto romano*, vol. II sez. I, Roma, Attilio Sampaolesi Editore, 1926, pg. 202. Também em Pietro BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, 10ª ed., Roma, Istituto di Diritto Romano, 1934, pg. 249; ALVES, *Direito...*, pg. 294; IGLESIAS, *Derecho...*, pg. 171.

⁶³ BONFANTE, *Corso...*, vol. II sez. I, pg. 207; também em JUSTO, *Direito...*, vol. III, pg. 16. Sobre a preferência do A. pela segunda formulação para designar a propriedade romana, damos a palavra ao próprio (BONFANTE, *Corso...*, vol. II sez. I, pg. 203):

“Ma se, definendo la proprietà come la signoria più generale, in atto o in potenza, sulla cosa, si ha una formula che può ritenersi abbastanza adeguata per la proprietà in generale o per la proprietà moderna, non è così per la proprietà romana.

Nel campo del diritto romano i caratteri dell'astrattezza, dell'indeterminatezza, della elasticità si ritrovano in parecchie signorie generali, a cui conviene quella definizione. Tali istituti, assai numerosi nel diritto classico, prendevano la denominazione generica di *possessio* o anche *usufructus*, e tali erano la *possessio* degli *agri publici occupatorii*, degli *agri tributarii* o *stipendiarii* nelle provincie (la quale dai moderni si usa dire proprietà provinciale, termine assolutamente inusato nei giuristi classici), la *possessio* dell'ager *vectigalis* e dei numerosi istituti precursori dell'enfiteusi, ecc.: nel diritto giustiniano, come vendremo, le due altre figure principali di questa signoria generale sulla cosa sono la superficie e l'enfiteusi. E se questi diritti non erano reputati proprietà nel diritto romano, ciò non accadeva dunque perchè vi mancassero le note caratteristiche della proprietà nel senso odierno; il contenuto economico della proprietà vi era tutto, il carattere dinamico vi era, esse accordavano, in atto o in potenza, il godimento pieno della cosa: ciò che mancava era qualche nota, un qualche elemento non economico del concetto della proprietà. Se adunque si vuole dare la definizione della proprietà romana, gli è a queste note specifiche della proprietà romana che giova por mente, poichè importa

É incontestável que a definição do romanista italiano é reflexo sobre a sua conceção dos direitos reais⁶⁴. Volterra assinala que a definição não deixa de revelar algo sobre a concessão do autor sobre a origem da família e da *civitas* (“tende ad identificare il diritto del proprietario com la sovranità attribuita al *paterfamilias*”⁶⁵).

Digna de menção, pelos contributos prestados pelo seu autor ao estudo da propriedade romana⁶⁶ e pela polidez com que é construída, é a definição a que chega Vittorio Scialoja:

“La proprietà è un rapporto di diritto privato, per il quale una cosa, come pertinenza di una persona, è completamente soggetta alla volontà di questa in tutto ciò che non sia vietato dal diritto pubblico o dalla concorrenza dell'altrui diritto.”⁶⁷

apporto distinguere la proprietà, il vero dominio, da quelle altre signorie generali, cui dai Romani è rifiutato nel modo più assoluto e reciso il titolo di proprietà. Questa nota si tratta adunque di scoprire e dichiarare.”

⁶⁴ “Il diritto reale si può definire la signoria indipendente su di una cosa. Ciò significa che l’esercizio di facoltà sulla cosa, il godimento più o meno ampio di essa è indipendente dal rapporto con una certa persona, ond’è anche indipendentemente tutelato mediante azione *in rem*, vale a dire esperibile contro qualunque terzo.” (BONFANTE, *Istituzioni...*, pg. 234).

Pela relação íntima entre direitos reais e direito de propriedade parece oportuno indicar alguma bibliografia sobre a contraposição direitos reais e direitos pessoais no direito romano, cfr. ALVES, *Direito...*, pg. 270; IGLESIAS, *Derecho...*, pg. 164-169; Antonio Fernández de BUJÁN, *Derecho Romano*, 1ª ed., Editorial Aranzadi, 2017, pg. 277-278 (exposição circunscrita aos direitos reais); Antonio Silva SANCHEZ / Ángel Acedo PENCO, *La Persona y La Propiedad en el Derecho Romano*, Madrid, editorial Dykinson, 2019, pg. 109-111; Silvio PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, vol. I, 2ª ed., Roma, Athenaeum, 1928, pg. 608-615; Pietro BONFANTE, *Corso di diritto romano*, vol. III, Roma, Società Editrice del Foro Italiano, 1933, pg. 3-14 (circunscrito aos direitos reais); Giuseppe GROSSO, *I problemi dei diritti reali nell’impastazione romana*, Torino, G. Giappichelli editore, 1944; Ugo BRASIELLO, *Corso di diritto romano (la proprietà nella sua essenza e nella sua estensione)*, Milão, Dott. A. Giuffrè editore, 1952, pg. 29-49; G. LONGO, *Corso...*, pg. 3-25. Como a contraposição reconduz aquela outra que distingue *actio in rem* e *actio in personam*, indicamos alguma bibliografia sobre estes tipos de ação JUSTO, *Direito...*, vol. I, pg. 239-242; ALVES, *Direito...*, pg. 243-244; Max KASER, *Derecho Romano Privado*, tradução de Jose Santa Cruz Teijero, 2ª ed., Instituto Editorial Reus, 1982, pg.358-359 (no processo das ações da lei) e 365-366 (no processo formulário); BONFANTE, *Istituzioni...*, pg. 110-112; Emilio BETTI, *Diritto Romano – vol. I (parte generale)*, Padova, CEDAM, 1935, pg. 458-462 (no processo das ações da lei) e 551-554 (no processo formulário); Vittorio SCIALOJA, *Procedura Civile Romana (esercizio e difesa dei diritti)*, Anonima Romana Editoriale, 1936, pg. 318-324; VOLTERRA, *Istituzioni...*, pg. 229-230; Fritz SCHULZ, *Classical Roman Law*, Oxford, Clarendon Press, pg. 32-34.

⁶⁵ VOLTERRA, *Istituzioni...*, pg. 292. Por outro lado, a crítica deste A. à definição apresentada (no sentido dela “riflettere la concezione primitiva, ricollegantesi ad un período prestatuale, piuttosto che le concezioni giuriche romane del período classico, ove il diritto di proprietà privata, riconosciuto e difeso al singolo nell’ordinamento giuridico, era bem diverso e distinto dalla sovranità e dalla signoria...”) não nos parece justa, cremos que a definição apresentada por Bonfante tem suficiente elasticidade para comportar as mutações que experienciou o direito de propriedade ao longo dos séculos de vida do direito romano e este é um grande mérito a ser assinalado (o próprio Edoardo Volterra menciona que “il contenuto del diritto di proprietà muta continuamente rispetto a determinati beni col variare delle esigenze economiche e sociali della collettività...” – *Ibid.*, pg. 291.)

⁶⁶ Lembramos a dedicatória de Bonfante, que abre o vol. II sez. I do seu *Corso di diritto romano* (pg. I): “Dedico questo volume a Vittorio Scialoja, che primo in Italia infuse spirito scientifico nella trattazione della proprietà.”

⁶⁷ Vittorio SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, vol. I, Anonima Romana Editoriale, 1933, pg. 273. Como observam BONFANTE, *Corso...*, vol. II sez. I, pg.197; e G. LONGO, *Corso...*, pg. 31, nota 26; a definição não diverge muito daquela construída por Arendts: “La proprietà, giusta l’idea sua fondamentale,

Não poderia passar em branco a definição oferecida por Ferrini, sempre merecedora de elogios⁶⁸:

“La proprietà è quel diritto per cui una cosa appartiene ad una persona ed è assoggettata a que sta in modo almeno virtualmente universale.”

Para aferir da adequação de uma definição é pertinente termos em mente qual o critério pelo qual esta adequação pode ser aferida. Segundo Aristóteles uma definição é uma propriedade⁶⁹, o que distingue a definição doutras propriedades é que a definição explicita o que a coisa é⁷⁰; assim temos que “definição é o enunciado que explicita o que cada coisa é, o qual pode surgir como um enunciado usado em lugar de um nome, ou um enunciado usado no lugar de outro enunciado, dado que é possível definir outras coisas explicitadas por meio de enunciado”⁷¹.

Antes de aferir da adequação das definições apresentadas segundo o critério oferecido pelo Estagirita, permitam-nos excursar sobre algumas outras definições do direito de propriedade que foram esboçadas ao longo do tempo na tentativa de colmatar a ausência duma definição nas fontes romanas⁷².

è un diritto di signoria che spetta ad una persona su di una cosa, onde può dirsi che questa appartenga interamente a quella, e sia soggetta in tutto esclusivamente alla sua volontà”. A principal diferença encontramos na referência feita por Scialoja às limitações do direito propriedade pela concorrência doutros direitos reais (pode-se encontrar um comentário da definição de Arendts em *SCIALOJA, Teoria...*, pg. 267).

⁶⁸ *SCIALOJA, Teoria...*, pg. 270; *BONFANTE, Corso...*, vol. II sez. I, pg. 200 e 202.

⁶⁹ Lembrando que para o Estagirita propriedade é “um predicável que não explicita a essência de uma coisa, mas que lhe pertence em exclusivo e pode ser predicado convertivelmente acerca da coisa” (*ARISTÓTELES, Tópicos, obras completas de Aristóteles, coordenação de Pedro Mesquita, Lisboa, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2007, pg. 239*).

⁷⁰ “Uma vez que, das propriedades, umas explicitam o que a coisa é, e outras não o explicitam, há que distinguir a propriedade nos dois sentidos referidos, chamando, à que explicita o que a uma coisa é, definição, e dando às restantes a designação comum a todas, ou seja, chamando-lhes apenas propriedades” – *Ibid.*, pg. 237.

⁷¹ *Ibid.*, pg. 238.

⁷² Sobre a pretensas definições que se podem encontrar nas fontes cfr. *SCIALOJA, Teoria...*, pg. 260-262; *BONFANTE, Corso...*, vol. II sez. I, pg.195; *Carlo LONGO, Corso di Diritto Romano, le cose – la proprietà e i suoi modi di acquisto, Milano, Dott. A. Giuffrè editore, 1946, pg. 67 e 68*; *G. LONGO, Corso...*, pg. 29 e 30. Estas supostas definições encontram-se em D. 1, 5, 4 pr. (“*naturalis in re facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut iure prohibetur*”) e em C. 4, 35, 21 (segundo a qual o proprietário seria “*suae rei moderatur et arbiter*”); nos parece suficiente indicar que a primeira fonte fala sobre a liberdade e não sobre propriedade, relativamente à segunda, a *res* referida na constituição seria o património e não uma qualquer coisa tida em propriedade, além do mais, esta última fonte refere-se ao *dominus negotii* (mandante) e não do proprietário (acrescente-se que a localização dos fragmentos no *Corpus Iuris Civilis* – a primeira fonte pertence ao título V do livro 1 do Digesto, designado *de statu hominum*; a segunda fonte localiza-se no livro 4 título 35 [*mandati*] do *Codex* – também não corrobora a tentativa de ver nelas definições do direito de propriedade). Segundo Scialoja a falta de uma definição nas fontes deve-se a dois fatores, o primeiro seria o conhecido desinteresse dos romanos por definições, o segundo fator seria a dificuldade em agrupar numa única definição as diversas formas de propriedade (quiritária, bonitária, provincial e peregrina).

Quiçá a mais frequente e tradicional definição do direito de propriedade é: “*Ius utendi et abutendi re sua*”⁷³. Muitas vezes atribuída à Escola dos Glosadores⁷⁴, a definição não deve ser anterior ao séc. XVI⁷⁵ e, supostamente, gozaria de um suporte textual nas fontes romanas⁷⁶ (nomeadamente em D. 5, 3, 25, 11). Contudo, o parágrafo das *Padenctas* se refere aos possuidores de boa fé demandados com a *hereditatis petiotione*, estes ficariam desonerados de qualquer responsabilidade “*si quid dilapidaverunt perdiderunt, dum re sua abuti putant*”. Como se a incompatibilidade de temas não fosse suficiente para deitar por terra a definição, acresce a imprecisão terminológica com que foi lida o termo *abuti* ou *abusus*, que significaria “consumir” e não “abusar” ou “dispor”⁷⁷. Ainda importa referir que, mesmo ignorando os dois pontos anteriores, a definição não resiste ao teste que qualquer definição tem que passar, isto é, a definição do direito de propriedade como “*ius utendi et abutendi re sua*” não explicita a essência do direito de propriedade⁷⁸. Antes, esta definição parece ter o claro intento de afirmar o pretense caráter absoluto⁷⁹ da propriedade apoiando-se nas fontes romanas.

⁷³ Desenvolvidamente sobre esta definição *Ferdinando PICCINELLI, Studi e ricerche intorno alla definizione “dominium est ius utendi et abutendi re sua quatenus iuris ratio patitur”, Napoli, Jovene Editore, 1886*. Salvarde-se que não subscrevemos à tese do A. de que a definição foi conhecida e abraçada pelos juriconsultos romanos, a tentativa de reconduzir a definição às ideias de Cícero e Séneca quando muito, se comprovada, permitir-nos-ia afirmar o fundamento filosófico da definição.

⁷⁴ Assim *JUSTO, Direito..., vol. III, pg. 16*.

⁷⁵ *PICCINELLI, Studi e ricerche..., pg. 86*, afirma ter sido Francesco Hotomanno o autor da definição.

⁷⁶ É este o motivo de Bonfante, Carlo Longo e Giannetto Longo (ver nota 71) tratarem desta definição em conjunto com aquelas que dissemos que podem ser encontradas nas fontes, contudo, considerando o significado que foi atribuído ao término *abutendi* (que nada tem de romano) preferimos tratá-la separadamente como o faz Scialoja. De qualquer modo nos parece oportuno deixar espaço para as considerações tecidas por *C. LONGO, Corso..., pg. 67*: “Quelle vengono presentate come tali [definizione testuale della proprietà] non sono affatto definizioni romane, perchè sono state fabbricate dai vecchi commentatori ed espositori del diritto romano, mediante un grossolano e parecchio sconclusionato travolgimento del vero senso e del vero riferimento di alcuni passi della compilazione giustiniana. Si tratta perciò di definizioni spurie, e che non meriterebbero, dal lato dommatico, nessuna attenzione, se non avessero lo scopo tendenzioso di giustificare con l’autorità delle fonti romane il preteso carattere di assolutezza del dominio, e se non avessero in questo senso dannosamente influito sulle moderne definizioni legislative e dottrinali della proprietà.”

⁷⁷ D. 7, 5, 5, 1 onde a expressão “*quae in abusu consistunt*” refere justamente o consumo, neste sentido *BONFANTE, Corso..., vol. II sez. I, pg. 195*. Sobre os significados dos termos *utendi* e *abutendi* na definição cfr. *PICCINELLI, Studi e ricerche..., pg. 14-15*.

⁷⁸ Nas palavras de *SCIALOJA, Teoria..., pg. 263*: “Non si può quindi negare che sotto il concetto generale cui il testo si riferisce, c’è che il padrone, il proprietario in ispecie, può anche abusare della cosa propria: su ciò non c’è alcun dubbio: l’errore sta nel voler prendere quest’abuso come caratteristica del dominio, sulla quale fondare la definizione della proprietà. Ora è certo che la facoltà di abusare della cosa sua, che il proprietario indubbiamente ha, non è sufficiente a individuare il concetto della proprietà, mentre è certo che quando si vuol dare una definizione scientifica, si devono determinare i tratti caratteristici, dal l’insieme dei quali risulta il concetto che si vuol definire.”

⁷⁹ Sobre o caráter não absoluto do direito de propriedade romano *António dos Santos JUSTO, As relações de vizinhança e a “cautio damni infecti” (Direito romano. Época clássica), em Dereito Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela, vol. II, nº2, 1993, pg. 81; Pedro Henrique Cavalcanti da SILVA,*

A Glosa⁸⁰ oferece a seguinte definição: “*Dominus dicitur qui rei vindicationem habet*”. Mas é uma definição, no mínimo, problemática... Como sublinha Scialoja⁸¹, a definição não chega a dizer quem é o proprietário, limita-se a informar que ele goza da *rei vindicatio*, o que não é inteiramente exato: nem sempre o proprietário goza da ação de reivindicação⁸², nem o direito de propriedade se remonta somente ao poder de reivindicar a coisa.

Bártolo, no seu comentário⁸³ ao D. 41, 2, 17, 1, apresenta a sua definição: “*Dominium est ius de re corporali perfecte disponendi nisi lege prohibeatur*”. Não difere muito a definição dada por Baldo: “*Dominium absolute dictum est plena proprietas cum alienandi potestate*”.

Os humanistas⁸⁴ não acrescentaram muito... Alciato limitou-se a dizer “*Dominium est ius perfecte disponendi*” e Cujácio, fundindo a definição da Glosa e a definição do comentário de Bártolo, chegou a seguinte noção: “*ius re corporali perfecte disponendi aut vindicandi nisi quod lex aut conventio prohibetur*”.

Da Jurisprudência Elegante⁸⁵ sai uma interessante formulação. A dar expressão àquelas “vozes que exigiam um acordo que deveria parecer-se com todas as fórmulas que surgem quando um antagonismo irreductível é resolvido com o remendo de uma bela frase”⁸⁶, Noodt definiu o direito de propriedade como “*Est dominium ius pro arbitratu de re*

Das limitações do direito de propriedade no direito romano: o seu caráter não absoluto, Instituto Jurídico – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2018.

⁸⁰ Sobre os glosadores cfr. COSTA, *História...*, pg. 236-253; ALBUQUERQUE / ALBUQUERQUE, *História...*, pg. 248-252; POLIDO, *Lições de história do direito romano...*, pg.210-215; Brites RIBAS / Miranda VASCONCELOS / Alves GOMES, *Lições de história do direito português – segundo as preleções do exmo. Prof. Doutor M. Paulo Mêrea (1932-1933), Coimbra, Coimbra editora, 1933, pg. 79-87.* Sobre uma relação de relativa continuidade que se estabelece entre o *ius romanum* e o pensamento jurídico medievo vide Paulo Cardoso MACHADO, *O Direito entre o modelo político da lex e o paradigma sapiencial do ius*, Londrina, Thoth editora, 2020, pg. 30-35 (cumpre-nos agradecer ao A. por nos ter presenteado com esta obra em ato de suma gentileza).

⁸¹ SCIALOJA, *Teoria...*, pg. 264

⁸² BONFANTE, *Corso...*, vol. II sez. I, pg. 199; oferece o exemplo do *tignum iunctum* (casos em que o material alheio é utilizado em edificação – I. 2, 1, 29 e D. 41, 1, 7, 10-11), ver também JUSTO, *Direito...*, vol. III, pg. 64.

⁸³ Sobre os comentadores cfr. COSTA, *História...*, pg. 264-272; ALBUQUERQUE / ALBUQUERQUE, *História...*, pg. 252-255; POLIDO, *Lições de história do direito romano...*, pg.222-226; RIBAS / VASCONCELO / GOMES, *Lições de história do direito português...*, pg.87-91.

⁸⁴ Sobre os humanistas cfr. COSTA, *História...*, pg. 353-359; POLIDO, *Lições de história do direito romano...*, pg. 274; RIBAS / VASCONCELO / GOMES, *Lições de história do direito português...*, pg.87-165-172.

⁸⁵ Sobre a Jurisprudência Elegante cfr. COSTA, *História...*, pg. 394-395; RIBAS / VASCONCELO / GOMES, *Lições de história do direito português...*, ob. cit., pg. 197-198.

⁸⁶ Robert MUSIL, *O homem sem qualidades*, vol. I, trad. de João Barrento, Lisboa Publicações Dom Quixote, 2008, pg. 695-696.

disponendi praeter quam si quid vi aut iure prohibeatur”. Reconstruindo-a evidencia-se que junta a definição de Bártolo, acrescida da expressão “*pro arbitrato*” (que teria a função de demonstrar a “liberdade da vontade no domínio”⁸⁷), com o final da passagem Florentino (D. 1, 5, 4 pr.⁸⁸). O que resulta numa definição do direito de propriedade que não vai além duma piorada e incorreta adaptação da definição bartolista⁸⁹.

Pothier (autor que teve grande importância para preparar o que viria a ser a Escola da Exegese⁹⁰) realçando a relação de pertença que subjaz ao domínio escreveu: “Le domaine de propriété est ainsi appelé, parce que c'est le droit par le quel une chose m'est propre, et m'appartient privativement à tous autres. Ce droit de propriété, considère par rapport à ses affets doit se définir le droit de disposer à só grè d'une chose, sans donner néanmoins atteine au droit d'autrui, nè aux lois: «Jus de re libere disponendi»”. Considerações que aparentemente foram bem acolhidas por Windscheid, segundo o conceitualista⁹¹: “Proprietà indica che una cosa materiale è propria di alcuno e per fermo propria a termini del diritto: quindi invece di proprietà più esattamente dovrebbe dirsi diritto di proprietà . Ma che una cosa sia propria d'alcuno a termini del diritto vuol dire che rispetto ad essa la volontà di lui è decisiva nella totalità dei suoi rapporti.”⁹² Diríamos que não passam da definição de Bártolo acrescida duma referência a vontade do proprietário (similar, diga-se de passagem, aquela definição de Noodt, sem, contudo, cair no mesmo erro de falar de proibições impostas pela força – “*quam si quid vi prohibeatur*”).

Todas as definições apresentadas⁹³ (salvo aquelas três primeiras – de Bonfante, Scialoja e Ferrini) caem no mesmo erro, tentam construir uma definição do direito de

⁸⁷ SCIALOJA, *Teoria...*, pg. 265.

⁸⁸ Passagem que já mencionamos quando tratamos das pretensas definições do *dominium* no *Corpus Iuris Civilis* (nota 72).

⁸⁹ Conforme opinião de SCIALOJA, *Teoria...*, pg. 265.

⁹⁰ Neste sentido Ana Margarida Simões GAUDÊNCIO, *O culto do texto da lei na Escola da Exegese: seu sentido e limites*, BFDUC vol. LXXIX (2003), pg. 684-688; sobre a Escola da Exegese cfr. também António Castanheira NEVES, *Escola da exegese, em Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, vol. I, Coimbra, Coimbra editora, pg. 181-191; COSTA, *História...*, pg. 436-438; Mário Reis MARQUES, *Introdução ao direito*, vol. I, 2ª ed., Coimbra, editora Almedina, 2007, pág. 170-173; POLIDO, *Lições de história do direito romano...*, pg. 293-194.

⁹¹ Sobre a Jurisprudência dos Conceitos cfr. COSTA, *História...*, pg. 441-444; Karl LARENZ, *Karl, Metodologia da Ciência do Direito*, tradução de José Lamego, 3ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, pg. 21-44 (as páginas 34-39 são dedicadas especialmente ao pensamento de Windscheid).

⁹² Utilizamos a tradução contida em SCIALOJA, *Teoria...*, pg. 267.

⁹³ Estas e muitas outras definições podem ser lidas em PICCINELLI, *Studi e ricerche...*, pg. 42-75 (donde foram retiradas as citações sem indicação de proveniência); SCIALOJA, *Teoria...*, pg. 260-271. Nas páginas 271 e 272 da última obra citada encontram-se algumas das definições contidas em códigos, destacamos a definição do – então vigente – Código de Seabra, art. 2167º: “Diz-se direito de propriedade a faculdade, que o homem tem, de aplicar á conservação da sua existencia, e ao melhoramento da sua condição, tudo quanto para

propriedade partindo da extensão máxima do direito⁹⁴. O conteúdo do direito de propriedade não pode ser positivamente determinado (a não ser em potência); o proprietário pode se ver privado de todas suas faculdades⁹⁵, contudo, continua a manter o seu título.

Böcking teve o mérito de, pela primeira vez, oferecer um conceito de propriedade que põe em relevo sua essência. Segundo o autor a essência do direito de propriedade está na sua abstração e indeterminação que possibilitam diversas concretizações⁹⁶. A faculdade de se expandir (ou re-expandir), cessada limitação imposta por um direito real limitado, até ao máximo das “faculdades que abstratamente contém”⁹⁷ é designado pela doutrina de “elasticidade do direito de propriedade”⁹⁸.

esse fim legitimamente adquiriu, e de que, portanto, pôde dispor livremente.”; o art. 2169º se ocupava do conteúdo do direito: “O direito de propriedade abrange: 1º o direito de fruição; 2º o direito de transformação; 3º o direito de exclusão e defesa; 4º o direito de indemnização, nos casos de violação, damno, ou usurpação; 5º o direito de alienação.”

⁹⁴ Pode-se ler em *BONFANTE, Corso...*, vol. II sez. I, pg. 197-198.

⁹⁵ “Così manca il diritto di disporre della sostanza della cosa nella proprietà gravata di enfiteusi, come pure nella proprietà di suolo, cul quale alcuna abbia diritto di superficie; manca il diritto di alienare quando gravino sulla cosa vincoli, temporanei o perpetui, d’alienazione: precipuo nel diritto romano è il divieto di alienazione del fondo dotale. Manca finalmente lo stesso diritto, di rivendicare (che, d’altra parte, a mala pena può essere concepito come un elemento della proprietà, in quanto non ne rappresenta che la garanzia giudiziale) nel cosiddetto *tignum iunctum*, che si ha quando i materiali di un proprietario siano congiunti a un edificio altrui.” – *BONFANTE, Corso...*, vol. II sez. I, pg. 198-199. Análoga é a crítica de Henrique Mesquita ao art. 1305º do Código Civil (“o proprietário goza de modo pleno e exclusivo dos direitos de uso, fruição e disposição das coisas que lhe pertencem, dentro dos limites da lei e com observância das restrições por ela impostas”): “Pode haver proprietários sem os direitos de uso e de fruição (é o que acontece nos casos que tenha lugar a requisição temporária de coisas do domínio privado), como pode havê-los também sem o direito de disposição (assim acontece, em princípio, na propriedade de bens dotais, na propriedade do fiduciário, etc.)” – *MESQUITA, Direitos reais*, pg. 134.

⁹⁶ Neste sentido *PICCINELLI, Studi e ricerche...*, pg. 74; *SCIALOJA, Teoria...*, pg. 268; *BONFANTE, Corso...*, vol. II sez. I, pg. 199-200. Henrique Mesquita é outro A. que parece perfilhar este entendimento, como ensina o professor: “Entre estas características [que diferenciam o direito de propriedade dos restantes direitos reais de gozo] há que salientar, antes de mais, a indeterminação dos poderes do proprietário. Os direitos reais limitados têm um conteúdo preciso, determinado taxativamente pela lei ou fixado pelos particulares quando, excepcionalmente, isso lhe seja permitido. Diversamente, no direito de propriedade a lei não tipifica os poderes do proprietário – não os indica de modo directo e positivo. Apenas lhes estabelece certas restrições ou limites. Dentro destes limites, o proprietário poderá actuar com plena liberdade, sobre o objecto do seu direito, através de actos materiais e jurídicos.” – *MESQUITA, Direitos reais*, pg. 134 e 135.

⁹⁷ *CARVALHO, Direito das Coisas*, pg. 175.

⁹⁸ Mas não só a propriedade é elástica, afinal “a elasticidade é um atributo do direito de propriedade, que vem assim a conceber-se, não como uma estrutura estratificada ou sedimentar, um ‘depósito’ de ‘direitos’ ou de faculdades diversas que, no seu somatório, formam o pleno domínio, mas, ao invés, como uma estrutura homogénea com tal força expansiva que lhe permite contrair-se e expandir-se – dando lugar aos vários *jura in re aliena*, e retomando o seu volume, uma vez eles extintos – sem que sofra com isso uma verdadeira mutação, ou sequer uma verdadeira diminuição de conteúdo, contra o que pensa a generalidade dos juristas, designadamente os que combatem a propriedade fracionável (...). Simplesmente, se é no direito de propriedade que este atributo tem o seu campo de eleição, ele existe igualmente (...) também nas formas limitadas de domínio.” – *CARVALHO, Direito das Coisas*, pg. 175. No mesmo sentido *vide José de Oliveira ASCENSÃO, Direito Civil – Reais*, 5ª edição, Coimbra editora, 2012, pg. 449, nota 1.

Naturalmente as três definições que apresentamos no começo deste excuro partilham o mérito de, por variadas formas, pôr em relevo a indeterminação do direito de propriedade.

Scialoja é muito claro ao afirmar que constrói sua definição tentando pôr em evidência a sujeição da coisa à vontade do proprietário e o momento estático do direito, isto é, a pertença da coisa ao proprietário⁹⁹. Consequentemente a elasticidade do direito não tem a ênfase que julgamos apropriada, de qualquer modo, o autor refere possíveis limitações provenientes da concorrência doutro direito. A parte final (“in tutto che non sai vietato dal diritto pubblico o dalla concorrenza dell’altri diritto”) põe lado a lado as limitações impostas pela existência de um direito real limitado e as impostas pelo direito público. Se é verdade que as duas limitações existem, certamente não têm a mesma natureza. As limitações que surgem da compressão do direito de propriedade por outros direitos reais limitados compõe aquilo que chamamos de indeterminação do domínio e, uma vez extinto o direito causante da limitação, o direito de propriedade volta a assumir sua amplitude máxima. A mesma dinâmica não existe com as limitações impostas pelo direito público, os limites impostos pela juricidade são determinantes para caracterizar o direito propriedade, este direito nunca tem potencial para extrapolar estes limites, assim como qualquer direito não pode ir além dos limites impostos pelo sistema jurídico, por isso, podemos dizer com Bonfante que “i limiti legali si possono anche omettere nella definizione”¹⁰⁰. A romanística posterior também não deixou passar despercebida a desnecessidade de tentar definir o direito de propriedade numa perspectiva bifronte que salienta o senhorio do titular do direito sobre a coisa e a pertença jurídica da coisa ao sujeito¹⁰¹. Resta-nos duas considerações finais sobre a definição de Scialoja, primeiramente o autor deixa muito clara sua preocupação em diferenciar propriedade e soberania (“perchè la proprietà contiene nella sua definizione elementi che

⁹⁹ SCIALOJA, *Teoria...*, pg. 272.

¹⁰⁰ BONFANTE, *Corso...*, vol. II sez. I, pg. 201.

¹⁰¹ “Qualunque diritto subbietivo (...) si può rappresentare come una signoria sull’oggetto, o come una pertinenza dell’oggetto al soggetto...” – BONFANTE, *Corso...*, vol. II sez. I, pg. 200. Sobre a opinião de Bonfante C. LONGO (*Corso di Diritto Romano*, pg. 69) diz: “Nota infatti assai sensatamente il Bonfante che nella proprietà (come del resto in ogni altro diritto subbietivo) la signoria e la pertinenza sono due aspetti correlativi e inscindibili del rapporto giuridico; e che è quindi indifferente in ogni caso definire la proprietà come signoria sulla cosa e come pertinenza della cosa al soggetto, in quanto la qualificazione della signoria (come complesso delle facoltà spettanti al proprietario) esprime necessariamente e implicatamente anche la misura in cui la cosa appartiene alla persona; e vice-versa la qualificazione della pertinenza esprime necessariamente anche la misura della signoria.” Mais sinteticamente BRASIELLO, *Corso...*, pg. 10: “non può infatti concepirsi signoria su di un oggetto determinato, senza vedervi anche la pertinenza dell’obbietto al subbietto.”

sono comuni anche all'analogo rapporto di diritto pubblico che è la sovranità¹⁰²), preocupação que é considerada excessiva por Bonfante¹⁰³; finalmente, a definição refere à propriedade como “rapporto giuridico”, e não como “diritto”, aparentemente, trata-se de um resquício duma tese que via a propriedade não como um direito, mas como uma relação jurídica que era causa de direitos¹⁰⁴.

Passando agora para as definições de Ferrini e Bonfante, diremos, antes de mais, que se justifica tratarmos conjuntamente das duas. Afinal, Bonfante considerava que não há necessidade de enfatizar, numa definição da propriedade, o senhorio e a pertença, então, partindo daquela oferecida por Ferrini e retirando “l'ultimo inutile ingombro”¹⁰⁵, chega à sua definição. A melhor crítica à definição de Bonfante veio doutro romanista italiano, Carlo Longo, que observa a superfluidade de levar para a definição de propriedade o senhorio ou a pertença, este enfoque (segundo o autor) apenas faz com que a definição de propriedade repita, imperfeitamente, o conceito de direito real e, ainda assim, omite aquilo que especifica a propriedade dos demais direitos reais, a independência¹⁰⁶. Longo ainda levanta outro argumento de peso, a indeterminação (enfatizada desde Böcking) não é característica exclusiva da propriedade, o direito de superfície, de enfiteuse, de uso e usufruto, são todos de conteúdo indeterminado¹⁰⁷. A definição de direito real, segundo Longo, seria “il diritto reale di contenuto più ampio e il solo diritto reale autonomo.”¹⁰⁸ Incontestavelmente as observações lançadas por Longo têm de ser consideradas sempre que se for tratar do direito de propriedade, contudo, não parecem suficientes para nos afastarmos da definição de Bonfante. A repetição parcial do conceito de direito de real na definição de propriedade é substituída, na definição de Longo, por uma dupla referência aos mesmos e não assombra

¹⁰² SCIALOJA, *Teoria...*, pg. 273.

¹⁰³ Segundo ele “il parallelismo dei rapporti di diritto publico e diritto privato non essite soltanto tra proprietà e sovranità (...) nè fa bisogno di dare ad esso un perpetuo rilievo.” – BONFANTE, *Corso...*, vol. II sez. I, pg. 201.

¹⁰⁴ *Ibid.*, pg. 202.

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ C. LONGO, *Corso...*, pg. 70.

¹⁰⁷ “Dei diritti reali infatti soltanto alcuni hanno contenuto positivo determinato (le servitù, i diritti reali di garanzia); degli altri non si può dir lo stesso (...); giacchè, se la indeterminatezza di contenuto positivo dipende dall'indole indefinita e variable degli usi possibili delle cosa, anche questi diritti sono necessariamente a contenuto indeterminato. L'indeterminatezza di contenuto è dunque carattere comune a tutto un grupo di diritti reali, compresa la proprietà, e sistematicamente merita di essere considerata nella classificazione generale dei diritti reali.” – C. LONGO, *Corso...*, pg. 72. Contra, e mais convincente, BRASIELLO (*Corso...*, pg. 15 e 16) defende que, o direito de usufruto e uso tem um conteúdo determinado consistente no *uti* e no *frui* ou no uso completo da coisa respetivamente. Apesar de serem direitos de extensão amplíssima ainda são determinados.

¹⁰⁸ C. LONGO, *Corso...*, pg. 74. Definição que ainda reverbera, tanto na romanística italiana (G. LONGO, *Corso...*, pg. 31-33), como na lusófona (ALVES, *Direito...*, pg. 294).

que se entrelacem tão intimamente a propriedade e o direito das coisas¹⁰⁹. Já a crítica que incide sobre a indeterminação doutros direitos é profunda e merecedora de algumas considerações. No fundo diz-se que, como existem outros direitos reais de conteúdo indeterminado, a indeterminação não seria a essência (retomando a terminologia aristotélica) do direito de propriedade, descartada a indeterminação como possível essência da propriedade, o autor busca noutras características algo que a diferencie dos demais direitos reais e encontra-as na amplitude e autonomia. Antes de versarmos sobre estas últimas duas particularidades, é oportuno observar que, mesmo que se reconheça a indeterminação doutros direitos reais, não se afigura obrigatório descartar a indeterminação como essência da propriedade apenas por ela estar presente noutros direitos reais. É justamente a indeterminação da propriedade que osmoticamente passa para outros direitos reais (assim como a elasticidade) dada a posição privilegiada que é ocupada pelo direito de propriedade no direito das coisas¹¹⁰. Tudo se resume à relação simbiótica que se estabelece entre propriedade e direitos reais, não é atoa que as preocupações de Carlo Longo possam ser reconduzidas à diferenciação destes. Todavia, no hipertrofiar das diferenças, escapam as analogias.... Claro que o direito de propriedade é o direito real mais amplo e o único autónomo, mas o que resulta destacado da definição de Longo são aquelas características que possibilitam à propriedade ocupar o lugar de maior relevo em matéria de organização dominial definitiva, de forma que sua definição certamente pode ser predicada convertivelmente acerca da propriedade, mas não explicita a sua essência. Consequentemente, é uma propriedade – em sentido aristotélico –, mas não uma definição. A autonomia e amplitude não podem ser a essência do direito de propriedade porque, abstratamente, elas não conseguem explicar o fenômeno expansivo-compressivo da dinâmica dos direitos reais e, neste jogo de vai e vem, é que podemos ver o que é a propriedade (e, por miragem, o que são os direitos reais).

O que nos traz de volta à “La proprietà è la signoria più generale, in atto o in potenza, sulla cosa”, e perguntar-se-á, oportunamente, porquê não seguir a segunda definição

¹⁰⁹ Se nos é permitido recordar a célebre definição de direito das coisas dada por CARVALHO, *Direito das coisas*, pg. 117: “Poder directo e imediato sobre uma coisa, impondo-se à generalidade dos membros da comunidade jurídica e constituindo uma aproximação, derivação ou expressão da forma plena de domínio sobre os bens ...”

¹¹⁰ Talvez nosso raciocínio fique mais claro pensando no direito das coisas enquanto género (e sabemos que “género é uma predicação feita quanto a categoria da essência a propósito de um grande número de coisas que diferem entre si pela respetiva espécie” – ARISTÓTELES, *Tópicos*, pg.. 240) e nos diversos direitos reais enquanto espécies.

oferecida por Bonfante? Já tivemos oportunidade de mencionar que o próprio autor revela sua preferência pela segunda formulação para definir a propriedade romana, contudo, o que mais se sobressai naquela segunda definição (“la proprietà romana è la signoria eminente tra le varie signorie generali sulla cosa”) é a contraposição entre “signoria eminente” e “signorie generali”; escapa o potencial elástico do direito de propriedade e aparenta refletir preocupações análogas aquelas que conduzem o pensamento de Carlo Longo, por outras palavras, a essência da propriedade acaba por ocupar um lugar demasiado periférico nesta definição. Deste modo, a definição que diz que «a propriedade é o senhorio mais geral, em ato ou em potência, sobre a coisa», consegue cumprir o requisito de acentuar a abstração/indeterminação¹¹¹ («senhorio mais geral») e elasticidade («em ato ou potência») do direito de propriedade. Este diálogo, insistimos, é a essência da propriedade, que, pela posição ocupada por este direito no ramo do direito das coisas, transpassa para diversos outros direitos reais – o que, diga-se de passagem, não é um obstáculo à diferenciação do direito de propriedade dos demais direitos reais, uma vez que essa distinção pode ser facilmente atingida atendendo a extensão da indeterminação e elasticidade da propriedade e dos demais direitos reais.

Poderia, ainda, ser levantada a objeção de que o *in bonis habere* e a *possessio do ager publicus* também eram relações de senhorio sobre a coisa e assim o predicado não se adequa exclusivamente ao que se define. Resolvemos da mesma forma que faz Bonfante, salientando a eminência, o que resulta em:

A propriedade romana é o único senhorio eminente¹¹² e o senhorio mais geral, em ato ou potência, sobre a coisa.

¹¹¹ Propositadamente não distinguimos entre indeterminação e ilimitação (como faz BRASIELLO, Corso..., pg. 19-20), entendemos que indeterminação é um termo suficientemente amplo para abranger as infinitas faculdades do direito de propriedade assim como a extensão destes singulares poderes. Assim, como nos parece que a exclusividade de que nos fala o mesmo A. (*Ibid.* pg. 22) é consequência da mesma indeterminação. No que toca a definição proposta pelo mesmo (*Ibid.* pg. 28) – “La proprietà è quindi la signoria della persona sulla cosa, esplicatesi in un complesso di facoltà, potenzialmente ilimitate” –, julgamos que: 1) valoriza a pertença sem necessidade; 2) quando fala em complexo de faculdades abstrai da extensão das faculdades (contraditoriamente a distinção avançada pelo A. entre indeterminação e ilimitação); 3) ao omitir dualidade «em ato ou potência» acaba por não destacar a elasticidade.

¹¹² Sobre a eminência ver *infra* II. 4.

3. Exame terminológico¹¹³

Os romanos conheceram diversas expressões que designavam o que hoje chamamos de propriedade.

A doutrina costuma indicar *mancipium* como o término mais antigo que designaria uma série de relações jurídicas que depois foram sendo gradualmente distinguidas¹¹⁴. Segundo Max Kaser a velha propriedade dos agricultores constituiu um aspecto parcial da soberania do *pater familias* sobre pessoas (*patria potestas*, *manus*¹¹⁵) e sobre coisas, contudo, não haveria uma expressão que designasse especificamente o poder sobre coisas¹¹⁶. De qualquer forma, nos parecem pouco convincentes as teses que propõe a identificação de *mancipium* com propriedade e negam existir um direito propriedade sobre as *res nec mancipi* nos tempos mais recuados do direito romano¹¹⁷, assim como aquelas que defendem a identificação de

¹¹³ Nossos mais sinceros agradecimentos ao professor António Alberto Vieira Cura, que gentilmente nos disponibilizou um recenseamento das fontes onde aparecem os termos *dominium* e *proprietas*.

¹¹⁴ “(...) a *manus*, sobre a mulher; a *patria potestas*, sobre os filhos; a *dominica potestas*, sobre os escravos; e o *dominium*, sobre as *res*.” – JUSTO, *Direito...*, vol. III, pg. 22. Ainda neste sentido IGLESIAS, *Derecho...*, pg. 171; e SCIALOJA, *Teoria...*, pg. 255.

¹¹⁵ “*Mancipium* terá derivado de *manu capere*: o que é tomado à mão e à força. A *manus* era símbolo do poder.” – JUSTO, *Direito...*, vol. III, pg. 22. Cfr. também BUJÁN, *Derecho...*, pg. 281; BONFANTE, *Corso...*, vol. II sez. I, pg. 213-214; VOLTERRA, *Istituzioni...*, pg. 291.

¹¹⁶ No direito processual romano a *rei vindicatio* utilizava a expressão “*meum esse ex iure Quiritum*” (G. 4, 16), expressão que continuou reservada aquela propriedade adquirida pelos meios do *ius civile* (cfr. ARANGIO-RUIZ, *Historia...*, pg. 198). Esta expressão, no seu sentido literal, apenas denota a filiação de algum objeto, pessoa ou coisa, a uma entidade jurídica, sem dizer nada sobre a natureza desta filiação; neste sentido MAX KASER, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, Weimar, verlag Hermann Böhlaus, 1943, pg. 6; KASER, *Derecho...*, pg. 101; D’ORS, *Derecho...*, pg. 203.

¹¹⁷ Segundo o entendimento de BONFANTE (*Storia del Diritto Romano*, vol. I, terza edizione, Milano, Società Editrice Libreria, 1923, pg. 184; *Corso...*, vol. II sez. I, pg. 176-177) as *res mancipi* seriam “«cose di proprietà», as que, por serem coisas de interesse social, constituiriam objeto da propriedade comum do grupo gentilício (que ele considerava a verdadeira propriedade da época antiga) e cuja alienação exigia um negócio solene, também chamado *mancipium*; as *res nec mancipi*, por sua vez, eram «cose non di proprietà», as que, por se revestirem de um interesse meramente individual, estavam excluídas daquela «vera propriedade», sendo objeto de propriedade ou posse individual do *pater gentis* ou dos singulares *patres familiarum*” (CURA, *Fiducia...*, pg. 194). Já Marchi defende que a “distinção surgiu em relação ao património do *paterfamilias* e remonta a um período em que a propriedade gentilícia já tinha desaparecido” (CURA, *Fiducia...*, pg. 194, nota 395). Qualquer uma das formulações encontra obstáculos, primeiramente, porque “a exclusão das *res nec mancipi* da propriedade não é comprovada por qualquer testemunho direto que possa extrair-se das fontes romanas”, depois, tendo sido a pastorícia a principal atividade dos primeiros habitantes de Roma, é inverosímil que o ordenamento jurídico da altura não tenha protegido a plena disponibilidade de animais que não fossem de tiro e de carga (como rebanhos de cabras e ovelhas). Inclusive há elementos que corroboram a tese de que a propriedade quirritária era extensiva as *res nec mancipi*: 1) “a referência feita por Gaius (IV, 17), v. g., ao rebanho e ao navio, como objetos de reivindicação (na arcaica *legis actio sacramento*) assimilando-os ao *fundus*; 2) o facto de o preceito das XII Tábuas respeitante à aquisição da propriedade mediante *usucapio* (...) não fazer qualquer distinção entre *res mancipi* e *res nec mancipi* (...); 3) a *ocupatio* e a *direlictio*, modos de aquisição originária da propriedade, aplicavam-se indistintamente às duas categorias de coisas (...); 4) o facto de os romanos reputarem propriedade legítima a que recaía sobre coisas tomadas ao inimigo em consequência de guerra, as quais consistiam, predominantemente, em coisas integradas na categoria das *res nec mancipi*; 5) a indicação das ovelhas e cabras como objetos de propriedade na *lex Aquilia* (séc. III a.C.)” – todas estas críticas encontram-se em CURA, *Fiducia...*, pg. 196-198.

mancipium com um poder unitário do *paterfamilias* sobre coisas e pessoas¹¹⁸. O que nos leva a aderir a uma terceira tese, que vê o *mancipium* como o ato solene de transferência da propriedade das coisas mais importantes¹¹⁹ (depois designado *mancipatio*) no início do período clássico¹²⁰. Parece ser este o entendimento de Gaius (G. II, 22)¹²¹:

«*Mancipi vero res sunt quae per mancipationem ad alium transferuntur...*»

Nas fontes de direito clássico e justinianeus são duas as palavras que designam a propriedade, *dominium* e *proprietas*.

Sem dúvida a mais antiga é *dominium*¹²², teria surgido nos finais da República uma vez que é conhecida de Alfenus Varo (cônsul em 39 a.C.)¹²³. Mas, como é frequentemente salientado na romanística¹²⁴, *dominium* é um termo muito amplo que abrange muitas

¹¹⁸ Segundo esta teoria “(...) *res Mancipi* eram as coisas que, na primeira fase da época arcaica, tinham constituído objeto do *mancipium* do *paterfamilias*, do poder de comando que lhe assistia e versava sobre todos os elementos da *familia* (poder esse que tinha uma natureza essencialmente diferente da propriedade – de que nunca foram passíveis os homens livres submetidos ao *mancipium*); *res nec Mancipi*, pelo contrário, eram as que não haviam sido objeto do *mancipium*, por (diversamente das primeiras, que, por via disso, só podiam ser alienadas com ato solene – *mancipium*, designação derivada daquele poder) não se encontrarem numa estreita ligação com as necessidades da vida familiar. (...) estas últimas eram objeto de um simples poder de facto do *paterfamilias*, da sua disponibilidade material, numa palavra, de simples *possessio* (...)” – CURA, *Fiducia...*, pg. 194-195.

As críticas aduzidas na nota anterior também acabam por abalar esta segunda tese, note-se ainda que “a própria ideia de um poder unitário, que (inicialmente) abarcaria elementos tão heterogêneos como as pessoas livres e certas coisas, parece de rejeitar (...). Na verdade, a construção de De Visscher [*Fernand de VISSCHER, Mancipium et res Mancipi*, em *Studia et Documenta Historiae et Iuris, ano II (1936)*], depois retomada por outros autores, assenta numa base demasiado débil: a referência, contida nas fontes, a *personae in Mancipio* e a *res Mancipi*; é a partir dela que, por abstração, esse romanista afirma a existência de um (mesmo) poder a que se achariam submetidas pessoas e coisas” (CURA, *Fiducia...*, pg. 198).

Talamanca (*Istituzioni...*, pg. 391-392) também manifesta-se tanto contra uma «personalização» da propriedade quanto à uma «patrimonialização» dos poderes pessoais.

¹¹⁹ D’ORS, *Derecho...*, pg. 195; diz que as *res Mancipi* eram as mais permanentes, utilizamos a expressão “mais importantes” (assim como Vieira Cura) por acreditarmos que a permanência (do ponto de vista de uma economia agrária – como salienta o A. espanhol) devia-se justamente a sua maior importância.

¹²⁰ Cfr. CURA, *Fiducia...*, pg. 196-202; Filippo GALLO, *Studi sulla distinzione fra res Mancipi e res nec Mancipi*, Torino, G. Giappichelli editore, 1958, pg. 150-160.

¹²¹ Gaius também qualifica as *res Mancipi* como *res pretiosiores* (G. I, 192) – o que parece compatível com o que dissemos na nota 119 –; para uma visão crítica desta qualificação na época de Gaius vide GALLO, *Studi...*, pg. 31-40.

¹²² “El *dominus* parece en relación con la *domus* y ésta constituye la sede de la *familia*, de tal modo que las invocaciones religiosas del *paterfamilias* pedían la protección divina de la casa y la *familia*, *domus familiae*. De la *domus* procede la nación de *dominium* (como poder dominical) que se transformó en el significado de propiedad a fines de la república.” – Margarita Fuenteseca DEGENEFTE, *Propietas, possessio y actio Publiciana*, em *Fundamentos Romanísticos del Derecho Contemporáneo V. (derecho reales)*, vol. I, 2021, pg. 280.

¹²³ D. 8, 3, 30 e D’ORS, *Derecho...*, pg. 203.

¹²⁴ IGLESIAS, *Derecho...*, pg. 173; BUJÁN, *Derecho...*, pg. 280; VOLTERRA, *Istituzioni...*, pg. 291; SCIALOJA, *Teoria...*, pg. 255.

realidades jurídicas que não o direito de propriedade. A expressão *dominus litis* (D. 2, 11, 14; D. 3, 3, 30 e 31; D. 49, 1, 4, 5) designa o titular da lite¹²⁵, *dominus negotii* (I. 3, 27, 1) indica o titular do negócio jurídico (em oposição ao seu representante)¹²⁶, *dominus contractus* (C. 4, 27, 2) reporta-se ao titular da relação jurídica contratual¹²⁷ e *dominus hereditatis* (D. 28, 5, 48 pr.) é uma expressão que pode ser utilizada para instituir herdeiro¹²⁸, em outro caso, *dominium* (sem mais) indica a titularidade do usufruto em oposição a posse (D. 7, 6, 3). Todavia, é seguro afirmar que *dominium*, em regra, designa o direito de propriedade¹²⁹.

Proprietas é um término de origem vulgar¹³⁰ que acentua a relação de pertença que se estabelece entre titular e objeto do direito¹³¹. A *iurisprudencia* empregava-a preferencialmente para designar a nua propriedade (privada de usufruto)¹³², como ocorre em D. 29, 5, 1, 1:

«*Domini appellatione continetur qui habet proprietatem, etsi usus fructus alienus sit.*»

Se chama *dominus* quem tem a propriedade da coisa, ainda que o usufruto pertença a outrem. Na passagem *proprietas* é utilizado para indicar o *dominium* onerado com usufruto¹³³ e existem outros fragmentos em que *proprietas* é utilizado nesta precisa aceção¹³⁴. Por outro lado, é inegável que tantas vezes as palavras *proprietas* e *dominium*

¹²⁵ E se diz que o *procurator* (sobre os representantes processuais cfr. *JUSTO, Direito...*, vol. I, pg. 282-285) torna-se *dominus litis* com a *litiscontestatio* (“acto em que as partes acoram expressamente em se submeterem ao resultado do litígio, nos termos em que a fórmula (*iudicium*) foi redigida” – *JUSTO, Direito...*, vol. I, pg. 352); ver também *SCIALOJA, Teoria...*, pg. 255.

¹²⁶ *SCIALOJA, Teoria...*, pg. 255.

¹²⁷ *Ibid.*, pg. 256.

¹²⁸ *Ibid.*

¹²⁹ Como em G. II, 7; -20; -40; -III, 154^a; -166; -203; -204; -205; -IV, 36; e também em D. 9, 4, 27, 1; -9, 4, 37; -10, 3, 4 pr.; -18, 1, 67; -39, 2, 13, 1; -41, 1, 1 pr.; -41, 1, 13 pr.; -41, 1, 20 pr.; -41, 1, 31 pr.; -41, 2, 17, 1.

¹³⁰ *D’ORS, Derecho...*, pg. 204.

¹³¹ *VOLTERRA, Istituzioni...*, pg. 291

¹³² *D’ORS, Derecho...*, pg. 204; *BUJÁN, Derecho...*, pg. 280; *SCIALOJA, Teoria...*, pg. 256-257.

¹³³ *SCIALOJA, Teoria...*, pg. 256-257.

¹³⁴ G. II, 30 e 33 e D. 7, 1, 3, 1 e 2; -7, 1, 6 pr.; -7, 1, 12, 3 a 5; -7, 1, 13 pr. e 4 a 7; -7, 1, 15, 1 e 6-7; -7, 1, 17 pr. e 2; -7, 1, 25, 1, -7, 1 e 4 e 6; -7, 1, 26; -7, 1, 34; -7, 1, 46, pr.; -7, 1, 54; -7, 1, 56; -7, 1, 58 pr.; -7, 1, 60, 1; -7, 1, 62, 1; -7, 1, 70, 1 e 2; -7, 1, 72; -7, 2, 1, 1 e 3-4; -7, 2, 2; -7, 2, 3, 1 e 2; -7, 2, 4; -7, 2, 5; -7, 2, 6, 1; -7, 2, 9; -7, 4, 5, 3; -7, 5, 6, pr.; -7, 6, 5, pr. e 6; -7, 8, 16, 1; -7, 9, 1, 7; -7, 9, 3, 3 e 4; -7, 9, 4; -7, 9, 8; -7, 9, 10; -21, 1, 43, 10; -22, 1, 19, pr.; -31, 26; -33, 2, 26, 1; -43, 19, 3, 5. Em outras passagens *proprietas* também designa a propriedade onerada de uso e não usufruto, por ex. D. 7, 5, 12; -7, 8, 14, 3; -7, 8, 22, 1; -7, 8, 23. Além das fontes que nos chegaram pela pesquisa do professor Vieira Cura, também utilizamos muitas daquelas indicadas em *SCIALOJA, Teoria...*, pg. 257, nota 2.

aparecem como sinónimos nas fontes¹³⁵, talvez o exemplo mais claro desta intercambiabilidade esteja contido em D. 41, 1, 13 pr.:

«*Si procurator rem mihi emerit ex mandato meo eique sit tradita meo nomine, dominium mihi, id est proprietas adquiritur...*»

Na tradução de Vieira Cura: «Se o meu procurador tivesse comprado uma coisa para mim, por minha incumbência, e se lha entregaram para mim, adquire o domínio dela para mim, quer dizer, a propriedade...»

Scialoja refere que a utilização do segundo término para designar o direito de propriedade é recente, seguramente não é anterior ao segundo século do império, o que se compatibiliza com a aproximada data de falecimento de Neratius (autor do fragmento) em 125¹³⁶.

Outro aspeto de particular importância para o estudo que se prossegue é a indiscriminação na utilização do significante *domium* para indicar tanto o *dominium ex iure Quiritium* e o *in bonis habere* (usualmente designado pela doutrina como propriedade pretória)¹³⁷. Claro que a sinonímia tem uma óbvia justificação: a unificação das diversas formas de domínio operada por Justiniano¹³⁸.

Deste pequeno exame não poderia resultar outra conclusão: a atenção dedicada ao tratamento das fontes – especialmente quando aparece a palavra *dominium* que (como vimos) pode assumir diversos significados – deve ser redobrada.

4. Origem da Propriedade Romana

“A origem da propriedade constitui um dos problemas mais difíceis que têm preocupado romanistas, historiadores e sociólogos”¹³⁹. Ainda assim, “nada de seguro sabemos sobre as origens do direito de propriedade em Roma”¹⁴⁰.

¹³⁵ D. 1, 8, 5 pr.; -16, 3, 17, 1; -41, 1, 10, 2; -41, 2, 52 pr.

¹³⁶ CRUZ, *Direito Romano*, pg. 376.

¹³⁷ Exemplos encontrámo-los em D. 23, 5, 1; -39, 2, 15, 17 (sobre este fragmento vide Giuseppe BRANCA, *Danno temuto e danno da cose inanimate nel diritto romano*, Padova, CEDAM, 1937, pg. 161-162); -39, 2, 44, 1.

¹³⁸ C. 7, 31, pr., -1 e 2.

¹³⁹ JUSTO, *Direito...*, vol. III, pg. 18.

¹⁴⁰ ALVES, *Direito...*, pg. 294.

Alicerçando-se em escritores antigos, a Escola do Direito Natural¹⁴¹ construiu a doutrina da propriedade coletiva¹⁴². Mas aquela *communio bonorum primaeva*, enquanto comunhão universal de todas as coisas entre todos os homens, não era propriamente uma forma de propriedade, antes a negação de qualquer propriedade. Este momento histórico não pode ser concebido como um momento histórico da propriedade, mas antes como um pressuposto para a construção da teoria racional sobre o fundamento da propriedade.

No séc. XIX aquela teoria seria renovada ao ponto de Bonfante afirmar que ela foi transformada “in una vera teoria storica e giuridica”. Partindo do processo típico de evolução da propriedade dos povos germânicos antigos¹⁴³, chegaram a duas conclusões: 1) a propriedade individual não é única forma de propriedade; 2) a propriedade coletiva precedeu a propriedade individual¹⁴⁴.

No entanto foram-se tecendo críticas a doutrina da propriedade coletiva. Por um lado, era inegável que em tempos primitivos a terra não podia ser objeto de apropriação individual. Os povos caçadores e pastores não conheceram, nem podiam conhecer, a propriedade individual da terra, percorriam, com armas e rebanhos, todo o território da tribo. Caso sofressem agressões de tribos circundantes, defendiam aquele território, não tanto como sua sede, mas como uma base de desfrute económico. Em relação à vida agrícola não é credível que “o *fundus* tivesse um vínculo sólido com o indivíduo ou com famílias singulares: sendo abundante a terra e transitórias e esporádicas as culturas herbáceas, os terrenos de cultura mudavam, ordinariamente ano após ano”¹⁴⁵. Por outro lado, é de se salientar que em muitos

¹⁴¹ Sobre esta escola cfr. COSTA, *História...*, pg. 389-392; MARQUES, *Introdução ao direito*, pg. 126-129. Sobre a influência da Escola do Direito Natural em Portugal cfr. Rui Manuel de Figueiredo MARCOS, *O jusracionalismo setecentista em Portugal, em Direito natural, justiça e política, II colóquio internacional do Instituto Jurídico Interdisciplinar, Faculdade de Direito do Porto, vol. I, Coimbra editora, 2005*.

¹⁴² Doutrina que ainda ressona em LOBO, *Curso de Direito Romano*, pg. 31.

¹⁴³ “Il processo tipico di questa evoluzione, rilevato storicamente presso gli antichi Germani e osservato attualmente, o sino a tempi recenti, presso Slavi, Indiani, nell’isola giava e altrove, è il seguente. Il villaggio, proprietario del suolo, distribuisce alle singole famiglie appezzamenti in possesso e in godimento; ma gran parte del suolo (boschi e pascoli) rimane in comune, e gli appezzamenti attribuiti alle singole famiglie variano di anno in anno. Col tempo e con l’intensificarsi della coltura, le periodiche distribuzioni avvengono a intervalli più lunghi, finchè il possesso dei singoli appezzamenti è consolidato nelle famiglie, e anche la proprietà comune dei boschi, dei pascoli e delle terre incolte a poco a poco entra in distribuzione, o è usurpata dai capi e dai signori più potenti. La proprietà familiare, tuttavia, non è ancora proprietà individuale, perchè il capo-casa non ne dispone assolutamente e le famiglie primitive sono gruppi ampi, che abbracciano tutto un vasto parentado e si propagano per più generazioni. Il diritto familiare si rende manifesto nel consenso dei parenti e degli eredi eventuali all’alienazione, nei diritti agnatici di retratto e di riscatto. Solo dopo una lunga evoluzione la rappresentanza del capo-casa viene ad esser concepita come un vero diritto proprio e si amancia da tutti i limiti e vincoli delle precedenti fasi della colettività.” – Pietro BONFANTE, *Storia del Diritto Romano, vol. I, 3ª ed., Milão, Società Editrice Libreria, 1923, pg. 167-168*.

¹⁴⁴ Seguimos BONFANTE, *Corso...*, vol. II sez. I, pg. 208; e BONFANTE, *Storia...*, pg. 167.

¹⁴⁵ JUSTO, *Direito...*, vol. III, pg. 18.

povos o regime da propriedade coletiva era um produto das circunstâncias particulares, de condições particulares da terra, nalguns casos confunde-se sistema de cultura e sistema de propriedade e, em outros, os dados em que se baseava a indução histórica eram demasiado recentes. Não se pode sustentar uma lei universal de desenvolvimento da propriedade, porque este depende de vários elementos contingentes. Além disso, o foco excessivo da doutrina da propriedade coletiva na propriedade fundiária ignorou um fenómeno de altíssima importância para a matéria; ao lado da propriedade coletiva da terra existe uma propriedade “tão individual que pode dizer-se pessoal: aconteceu, v. g., com os utensílios, as armas, o vestuário, os cães de caça e, porventura, os escravos; enfim, com os objetos que não raramente eram queimados com o defunto ou sacrificados sobre o seu túmulo.”¹⁴⁶

Transpondo a doutrina da propriedade coletiva à origem da propriedade romana, é duvidoso que esta não mereça observações mais específicas. Não podemos seguramente afirmar que os antigos habitantes da península itálica¹⁴⁷ não tenham ultrapassado o estado da propriedade coletiva. Além do mais, quando analisadas as condições do solo itálico a referida transposição torna-se ainda mais pernicioso; considerando a aptidão do solo itálico para cultura arbórea (especialmente para o cultivo de vinhas e oliveiras, “cuja introdução foi, na Itália, bastante antiga e cujos frutos se podem colher só decorridos alguns anos, eventualmente mesmo por gerações sucessivas à que semeou e plantou”¹⁴⁸) – em comparação com as terras germânicas e eslavas, mais ajustado para a cultura de cereais que não só permite, mas aconselha a mudança de terras de ano para ano –, a segurança que os dados de direito comparado oferecem para o problema da origem da propriedade romana são pouco fidedignos, sendo seguro afirmar que “não é possível assinalar um desenvolvimento idêntico da propriedade fundiária nas regiões setentrionais, nos países mediterrâneos e nas zonas tropicais e subtropicais (Mesopotâmia, Egito, Índia).”¹⁴⁹ Não apenas as características

¹⁴⁶ *Ibid.*, pg. 18-19. No sentido do texto ver também *BONFANTE, Corso...*, vol. II sez. I, pg. 209; *BONFANTE, Storia...*, pg. 168-169.

¹⁴⁷ Sobre estes habitantes cfr. *BONFANTE, Storia...*, pg. 11-49; *ARANGIO-RUIZ, Historia...*, pg. 18-30.

¹⁴⁸ *JUSTO, Direito...*, vol. III, pg. 19.

¹⁴⁹ *Ibid.*; mais uma vez seguimos de perto o referido A. e *BONFANTE, Corso...*, vol. II sez. I, pg. 210 (quem o professor Santos Justo também acompanha); porém não perfilhamos do entendimento do ilustríssimo professor de Coimbra no que toda a classificação deste pensamento (que localiza problemas na colação da doutrina da propriedade coletiva à realidade romana) como “doutrina sobre a origem da propriedade em geral”. Entendemos que ela se insere melhor na passagem de doutrinas que buscam uma origem da propriedade generalistas para aquelas que buscam uma origem especificamente romana do *dominium*, aparentemente este é o entendimento mais alinhado com de Bonfante, que no índice nomeia o ponto em que trata deste problema como “l’applicazione del concetto [diríamos nós: doutrina da propriedade coletiva] alle origini della proprietà romana”.

do solo itálico obstam à apontada transposição¹⁵⁰, mas também a análise dos textos dos escritores antigos (não juristas¹⁵¹) – que levaram à construção da doutrina da propriedade coletiva –, leva a inescapável conclusão de que não se deve dar muito valor ao mito. Muitos daqueles testemunhos carecem de qualquer fundamento, trata-se de poetas que relatam lendas às quais não se pode nem sequer atribuir o valor de serem nacionais¹⁵².

O dado mais seguro e documentado que chegou a nós pelas fontes é o relato dos *bina iugera* que foram atribuídos aos cidadãos romanos¹⁵³ por Rômulo e que constituíam um *heredium* na medida em que era transmitido aos herdeiros¹⁵⁴. Partindo destes dados, Mommsen¹⁵⁵ constrói a seguinte lógica: um escravo consumia 51 alqueires de grãos por ano; dois *iugeri* produziam 50 alqueires, com a dedução das sementes 40, isto sem considerar as necessidades de rotação da cultura. Alimentar uma família (lembrando que a família romana era um grupo consideravelmente mais vasto que a atual família) através de meio hectare seria renovar o milagre dos cinco pães e dois peixes. Nesta linha de raciocínio Mommsen entende que a verdadeira propriedade fundiária na antiga Roma era centrada nas *gens, bina iugera* não seria mais que o espaço para habitação e horta de cada uma das famílias¹⁵⁶.

¹⁵⁰ O que não significa que este seja *per se* um argumento fraco, apenas queremos insinuar que, ao seu lado perfilham-se outros. Aliás, as influências múltiplas entre realidade e direito reforçam a bondade de entendê-la como um dos estrados do sistema jurídico (nota 19), o que é perfeitamente alinhável ao entendimento do direito como um “dever ser que é” (para invocar a lição de Castanheira Neves, mas podemos lembrar também Miguel REALE, *Teoria tridimensional do direito, teoria da justiça, fontes e modelos do direito*, Lisboa, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2003, pg. 90: “O presente, como tensão entre passado e futuro, o dever ser a dar peso e significado ao que se é e se foi, leva-me a estabelecer uma correlação fundamental entre valor e tempo, axiologia e história”) e, retirando daqui mais uma inferência, reitera a bondade da compreensão integral do direito na história afinal, “[s]e a história do direito, tanto é o direito historicamente encarado, como é o descerrar do sentido histórico do direito na sua ineliminável historicidade, tudo aconselha a que se persiga com afã uma compreensão integral do fenômeno jurídico, desenvolvendo uma ciência ambivalente que estuda as conexões sistemáticas e históricas de forma unitária. Porém, nada disto deve obscurecer aquela perspectiva que nos fará ver claramente o jurídico na história, sem nunca deixar de o predicar como jurídico enquanto assimilado e objectivado por um pensamento específico.” – COSTA, *História...*, pg. 36-37; ver também Rui Manuel de Figueiredo MARCOS, *História do direito e o seu ensino na escola de Coimbra*, Coimbra, Almedina editora, 2017, pg. 23-34.

¹⁵¹ Como salientam JUSTO, *Direito...*, vol. III, pg. 18; BONFANTE, *Storia...*, pg. 167; BONFANTE, *Corso...*, vol. II sez. I, pg. 208.

¹⁵² Ver BONFANTE, *Storia...*, pg. 170-171; onde se pode consultar os textos dos antigos escritores em que o romanista apoia suas conclusões.

¹⁵³ Plinius, *Historia Naturalis* 18, 2, 7: “*bina tunc iugera oioulo romano satis erant nullique maiorem modum (Romulus) attribuit*” – apud BONFANTE, *Storia...*, pg. 171 (também em BONFANTE, *Corso...*, vol. II sez. I, pg. 211).

¹⁵⁴ VARRO, *De Re Rustica* I, 10, 2: “*bina iugera quod a Romulo primum divisa dicebantur viritum, quae heredem sequerentur, heredium appellarunt*” – apud BONFANTE, *Storia...*, pg. 172 (também em BONFANTE, *Corso...*, vol. II sez. I, pg. 211).

¹⁵⁵ Theodor MOMMSEN, *Romische Geschichte*, vol. I, 4ª ed., pg. 188 apud BONFANTE, *Storia...*, pg. 173.

¹⁵⁶ “D'altra parte nel linguaggio delle XII Tavole *heredium* non significa il fondo, ma è usato nel senso di *hortus* (Plinius, *Historia Naturalis* 19, 4, 50).” – BONFANTE, *Storia...*, pg. 173 e nota 2.

Apesar das críticas que alguns autores levantaram ao raciocínio¹⁵⁷, não se justifica invalidar a conclusão fundamental de que dois *iugera* não bastavam para alimentar uma família. Contudo a questão é malposta quando se pretende retirar deste estado de coisas conclusões sobre a origem de propriedade romana, como explica Bonfante¹⁵⁸, o problema dos dois *iugeri* não concernem à origem da propriedade uma vez que a origem do instituto deve ser buscada na propriedade patrícia e não na da plebe. O facto da plebe primitiva receber lotes tão modestos não mostra mais que seu estado de dependência frente aos patrícios.

Outro dado seguro em que podemos alicerçar conclusões sobre a origem da propriedade romana de forma mais segura é o regime da *limitatio*¹⁵⁹. A cerimônia religiosa deste ato indicam uma origem etrusca, sendo assim, seria possível apontar um regime de propriedade individual anterior a fundação de Roma. Por um lado, apenas nos chegam relatos da divisão de terras por *limitatio* nas fundações das colônias e na distribuição de terras públicas, por outro, é transmitido que as colônias são fundadas a semelhança de Roma.¹⁶⁰

Considerando todos os indícios expostos, Bonfante expõe algumas características da estrutura primitiva da propriedade romana¹⁶¹:

- 1) A antiga propriedade fundiária romana é estreitamente conexa com *ager limitatus*. Os confins do *fundus* eram assinalados mediante *limitatio*

¹⁵⁷ Alguns sustentando que *bina iugera* seriam suficientes para uma frugal família, ainda mais quando acrescido o direito de pastagem das terras públicas (Voigt e Lange), outros exaltando a agricultura intensiva e os «hábitos severos» dos antigos Romanos (Padelletti). Pode-se encontrar referências destes autores em BONFANTE, *Storia...*, pg. 173.

¹⁵⁸ BONFANTE, *Storia...*, pg. 174.

¹⁵⁹ “Na atribuição de terras, o agrimensor dividia em quadrados (*centuriatio*) ou em retângulos (*scamnatio* ou *strigatio*) o território a atribuir. E assinalava duas grandes estradas em cruz (de Este a Oeste e de Norte a Sul) e uma série de parcelas menores. Todas estas estradas eram subtraídas ao domínio privado e, proporcionando o acesso aos vários campos, eliminavam a necessidade de servidões de passagem. O espaço livre, com pelo menos 5 pés, denominava-se *iterlimitare* (ou *limes*) e *ambitus*, respectivamente no campo e na *civitas*.” – JUSTO, *Direito...*, vol. III, pg. 17, nota 9; o A. segue fielmente o exposto em BONFANTE, *Corso...*, vol. II sez. I, pg. 204, nota 2; cfr. ainda D’ORS, *Derecho...*, pg. 197; e IGLESIAS, *Derecho...*, pg. 172.

¹⁶⁰ Continuamos a seguir BONFANTE, *Corso...*, vol. II sez. I, pg. 214-215; e BONFANTE, *Storia...*, pg. 176-177.

¹⁶¹ BONFANTE, *Storia...*, pg. 177-181; BONFANTE, *Corso...*, vol. II sez. I, pg. 204-206. Verdadeiramente no *Corso* o insigne A. expõe estas características no capítulo X (“Concetto della proprietá”), anterior ao capítulo “Origine della proprietá” (XI); contudo seguimos a ordem de exposição da *Storia del Diritto Romano*, principalmente por crermos que deste modo as ideias florescem mais naturalmente, mas também porque parece ter sido este o processo intelectual do autor (enquanto o vol. II do *Curso* data de 1926, a primeira edição da *História* data de 1903 – e tem um prefácio de 1902). Além destas obras também acompanhamos aquilo que foi escrito sobre o tema por JUSTO, *Direito...*, vol. III, pg. 16-18; IGLESIAS, *Derecho...*, pg. 172-173; C. LONGO, *Corso...*, pg. 74-78; BRASIELLO, *Corso...*, pg. 105-109.

(cerimônia solene e sacra), onde era deixado um espaço livre de pelo menos 5 pés entorno dos confins (assim como o pomério em relação aos muros da *urbs*), espaço este que se tornava *res sancta* (mais uma vez, à semelhança dos muros da cidade). O território não limitado (*agri arcifinii*) não estariam sujeitos ao domínio privado, antes fariam parte do *ager publicus* (estes teriam confins naturais como montanhas, rios, encostas; ou artificiais como fossos, fileiras de árvores ou sebes; mas nunca delimitados por *limitatio*).

Com o tempo a característica da confinidade vai se apagando a medida que se atribuí título de domínio as ocupações regulares e irregulares do solo público. O *ager arcifinius* prevalece sobre o *ager limitatus* de forma que na época romano-helénica a distinção já não tem nenhum valor.

- 2) A propriedade fundiária romana em sua origem é ilimitada internamente, suas limitações são naturais e inevitáveis. As necessidades de passagem ficavam satisfeitas com a existência do *limes*, do mesmo modo eram evitados muitos dos conflitos de vizinhança, a ponto de podermos dizer que as relações de vizinhança resumiam-se a uma zelosa tutela da independência do *fundus*. Carlo Longo observa que a regulação da propriedade fundiária romana era dominada por uma antieconómica repugnância aquelas limitações que sacrificam a autonomia do fundo em nome duma exigência de colaboração e de solidariedade (porque estas exigências são formas de harmonizar a coexistência do *fundus* com a melhor gestão económica da propriedade). Ao direito caberia tutelar uma posição negativa de defesa intransigente frente a todas as possíveis perturbações exteriores, atuando segundo um princípio exclusivista de certo modo semelhante a forma como o Estado exerce sua soberania dentro do seu território.

Servidões vão sendo voluntariamente constituídas, apesar de serem desconhecidas do direito romano mais antigo, e, durante algum tempo, mantiveram-se restrita as suas duas formas primeiras, a passagem e o aqueduto. Contudo, é no direito clássico que a característica de absoluta independência (que faziam do fundo romano quase um território político),

depois do brotar das servidões¹⁶², começam a aparecer (outras) limitações da propriedade¹⁶³.

- 3) Como repele toda a influência estrangeira, a propriedade romana possui uma *virtude absorvente*. O direito romano não concebe que algum elemento do *fundus* possa ser sujeito à uma senhoria diversa daquela do proprietário, portanto, “tudo que está ou se incorpora no *fundus* (águas, metais, tesouros, plantas, edifícios, aluviões, etc.) pertence ao proprietário”¹⁶⁴. Existe um princípio absoluto e inderrogável da atração necessária¹⁶⁵ (que hoje se reflete no conceito de acessão¹⁶⁶) que provém do caráter orgânico do *dominium* e não de uma disposição legal, como no direito moderno. A existência de uma propriedade da semente ou da planta do terreno, do edifício separado do solo ou dos diversos planos de um edifício, eram consideradas, pelo intelecto romano, *contra naturam*. A força absorvente da propriedade vai sendo atenuada, primeiramente com o regime jurídico do tesouro e, mais tarde, com os regimes das águas e dos minerais. A necessidade de remediar as consequências antieconómicas da rigidez do princípio também faz surgir o direito de superfície (apesar deste apenas ser no direito justinianeu que adquiriu a natureza de direito real).

¹⁶² Refira-se que o surgimento das primeiras servidões, especialmente das primeiras servidões de passagem, encontra-se concatenado ao reconhecimento do *dominium* sobre o *ager arcifinus*.

¹⁶³ “Ma un vero torrente di limitazioni del dominio spravviene nell'epoca romano-ellenica, penetra allora nel geloso recinto della proprietà romana un nuovo spirito ed una tenerezza talora eccessiva pei riguardi della coesistenza; l'antica indipendenza dei fondi, l'antica tutela della libertà vanno distrutte, il criterio della socialità è sostituito al criterio puramente negativo della immissio, in modo che anche dove una limitazione espressa non sussiste, la funzione schiettamente economica impone una interpretazione conforme, come è nella questione dei limiti dei diritti della proprietà sullo spazio aereo e sul sottosuolo. Cresce infine la serie dei diritti liberamente consentiti sulla cosa propria, dei *iura in re*, ed anche le forme con cui solennemente si costituiscono le servitù sul fondo si riducono al mero consenso del proprietario alla presunzione di consenso.” – BONFANTE, *Storia...*, pg. 180.

¹⁶⁴ JUSTO, *Direito...*, vol. III, pg. 17.

¹⁶⁵ Carlo Longo observa que este princípio não é economicamente útil, nem pode ser entendido enquanto emanação duma conceção privatística da propriedade, mas se pode compreender que o direito romano o considerasse como conatural à propriedade. Na realidade, aquele princípio é inerente à soberania territorial do Estado, que é dominado por exigências políticas, sendo inconcebível que a soberania de um Estado seja exercida sobre o território doutro, devido ao conflito insanável que surgiria entre as duas autoridades políticas (deste modo, se for aconselhável por razões de conveniência sujeitar uma parte do território a soberania estrangeira, não há outro meio senão destacar esta parte do território através do sistema da extraterritorialidade); ver C. LONGO, *Corso...*, pg. 75-76.

¹⁶⁶ Arts. 1325º e seg. do Código Civil.

4) O *fundus* romano é *immune*, não podendo ser onerado “por quaisquer impostos ou encargos, públicos ou privados”¹⁶⁷. Apenas assim a propriedade poderia se afirmar frente a soberania do Estado; o *tributum* era pessoal e pago segundo os bens, nunca sobre a propriedade. Esta característica é tão essencial que “uma imposição ou qualquer ónus sobre o *fundus* extinguiu a propriedade”¹⁶⁸. Desde modo, não eram tidos em propriedade os *fundus* provinciais (sujeitos ao pagamento de tributo ou estipêndio) nem aqueles sujeitos ao pagamento do *vectigal*. Eram proprietários o imperador, o povo romano, o titular do *vectigal*; o aproveitamento, por mais que fosse pleno e perpétuo, não passava de *possessio*.

Longo reconhece anormalidade da situação quando analisada sob a ótica da imunidade do fundo romano. A subtração da soberania do Estado é considerada inerente à propriedade, enquanto nenhuma relação jurídico-privada pode ser considerada como subtraída do mesmo. A imunidade é inerente a soberania territorial do Estado, porque a existência de um encargo imposto ao território a favor doutro Estado apenas pode degradar e negar a soberania territorial do primeiro. Parece-nos que a propriedade teve de impor-se à soberania enquanto forma de domínio territorial, considerando que naquele tempo esta era a única outra forma de organização dominial definitiva, ou seja (e retomando algumas ideias), enquanto hoje reconhecemos a posse e propriedade como núcleo da geodierética, na altura seu núcleo não poderia ser outro se não soberania e posse¹⁶⁹.

A imunidade dos fundos itálicos apenas cessou com Diocleciano (292 d. C.) que os sujeitou ao pagamento de imposto territorial. Ficava aleijada a

¹⁶⁷ JUSTO, *Direito...*, vol. III, pg. 17. Por força da imunidade Bonfante rejeita a existência de qualquer *obligatio propter rem* que oneravam o *fundus* romano-arcaico, a ideia duma obrigação inerente à coisa seria própria da ocupação do *ager vectigal* (que evoluiu para a enfiteuse) – vide BONFANTE, *Storia...*, pg. 180; BONFANTE, *Corso...*, vol. II sez. I, pg. 205.

¹⁶⁸ JUSTO, *Direito...*, vol. III, pg. 17, nota 11.

¹⁶⁹ E, se não nos enganamos, isto é perfeitamente coerente num sistema de organização dominial onde necessidades político-militares fazem-se sentir mais presentes do que as necessidades socioeconómicas de aproveitamento da terra. É apenas com a rarefação das primeiras (e na medida em que são verdadeiras condições do aproveitamento ótimo das segundas) que as segundas podem vir à tona como exigências primas do referido sistema.

distinção que opunha fundos províncias e itálicos, que seria formalmente abolida por Justiniano.

- 5) A última característica da propriedade romana é a *perpetuidade*. “Não é possível constituir um direito de propriedade *ad tempus*, v. g., determinando que, depois de certo tempo, retorna *ipso iure* ao alienante.”¹⁷⁰ A perpetuidade do *dominium* resiste até Justiniano, este introduz o instituto da revogação real e da livre constituição da propriedade *ad tempus*¹⁷¹.

O verdadeiro *dominium* (como descrito *supra*) diferenciava-se doutras formas de senhorio geral sobre a coisa, não por uma razão estável e substancial, mas puramente por uma razão formal-jurídica. Ou seja, é pela natureza histórica que o *dominium ex iure Quiritium* se diferencia de outros senhorios sobre a coisa. É pelo facto destes outros senhorios gerais sobre a coisa serem subordinados ao *dominium ex iure Quiritium*, isto é, por serem direitos sobre coisa de outrem que derivam duma relação com o proprietário, que se pode dizer que o *dominium ex iure Quiritium* é senhorio eminente sobre a coisa.¹⁷²

A propriedade primitiva não derivaria do Estado-Cidade, seria-lhe preexistente e teria origem na propriedade gentilícia, que gradualmente (no processo de desmembramento das *gentes*) se foi concentrando nas mãos dos *paterfamilias*¹⁷³.

Até este momento temos acompanhado fielmente o pensamento de Pietro Bonfante, aos nossos olhos (e com as escassas fontes que nos chegam do período em questão), o romanista conseguiu dissecar a origem da propriedade fundiária romana com exímia perícia

¹⁷⁰ JUSTO, *Direito...*, vol. III, pg. 17.

¹⁷¹ Alguns indícios reforçam a ideia que o direito romano clássico não conheceu o instituto da revogação real. Nomeadamente: 1) na contraposição propriedade/usufruto é referida a possibilidade de se constituir o último *ad tempus* contraposta a impossibilidade de se constituir uma propriedade temporária (cfr. C. 8, 54, 2 e F. V. 283 donde resulta a interpolação do texto do Codex, sobre o tema ver BRASIELLO, *Corso...*, pg. 107-108); 2) as servidões prediais não podiam ser criadas *ad tempus* (D. 8, 1, 4 pr.); 3) atribuição de uma *condicio* ou de uma *actio ex venditio* (e não a *rei vindicatio*) para a tutela do antigo proprietário que tinha interesse na *restitutio* denunciam o efeito obrigatório (e não real) da revogação (D. 18, 3, 4 pr.; -22, 1, 38, 3; -24, 1, 4; -39, 6, 35, 3; C. 4, 54, 2 e 3); 4) A declaração expressa de Justiniano no sentido de instituir a revogação real e a consequente necessidade de *emenadare* o que havia sido estabelecido no direito anterior (C. 6, 37, 26), daí concluíse serem interpolados os textos das pandectas que mencionam a revogação real (D. 39, 6, 29; -39, 6, 37, 1). Cfr. JUSTO, *Direito...*, vol. III, pg. 108; G. LONGO, *Corso...*, pg. 233; BONFANTE, *Corso...*, vol. II sez. II, pg. 277-292.

¹⁷² BONFANTE, *Storia...*, pg. 181; BONFANTE, *Corso...*, vol. II sez. I, pg. 206.

¹⁷³ Seguindo BONFANTE (*Storia...*, pg. 182; *Corso...*, vol. II sez. I, pg. 216-217), a oposição entre propriedade romana e germânica pode ser resumida a dois axiomas: a) a propriedade individual germânica é a posse consolidado e elevado progressivamente a domínio; a propriedade individual romana é soberania territorial biselada e reduzida a domínio; b) a propriedade individual germânica tem por tipo e ponto de partida coisas móveis; a propriedade romana tem por tipo e ponto de partida o *fundus*. Ver também JUSTO, *Direito...*, vol. III, pg. 20.

(e com uma meticulosa visão para encontrar analogias...) ¹⁷⁴. Todavia (e ainda tentando ser fiel ao pensamento do autor), extrapolar a origem da propriedade fundiária romana à toda origem da propriedade privada é periculoso e pouco sustentável nas fontes.

Enfim, localizada a origem da propriedade fundiária romana no território soberano das *gens* e identificado o vínculo estreito que as *res Mancipi* conservavam com as *gens*, Bonfante conclui: “la proprietà originaria fosse incentrata nei capi delle *gentes* e che essa avesse per oggetto precisamente le *res Mancipi*.” ¹⁷⁵

Outra tese incontornável sobre a origem a propriedade romana deve-se ao labor de Max Kaser ¹⁷⁶. Segundo o suntuoso autor, nos tempos mais remotos do direito romano não haveria *dominium* tão só um poder de facto exercido sobre as coisas (*possessio*), a ausência segura de uma expressão antiga que designasse o que hoje chamamos de propriedade seria um indício dessa inexistência e, ainda a antiga *legis actio sacramento in rem*, onde as partes reclamavam um «*meum esse*» e não o «*dominium*» ou o «*mancipium*» ¹⁷⁷. Mas apenas um direito muito primitivo pode se contentar com a regulação de qualquer relação possessória (até mesmo as ilegítimas) como propriedade, assim, as diferenças entre posse e propriedade foram se desenvolvendo de acordo com a *causa adquirendi*. Observou-se que naqueles casos em que a posse foi obtida através de uma causa ilegítima, o proprietário conservava o seu

¹⁷⁴ Merece algum espaço as considerações tecidas pelo A. sobre a origem da propriedade da plebe, afinal, se a propriedade dos patrícios é um resquício de tempos pré-estaduais, a propriedade da plebe é uma constituída no Estado e pelo Estado. A exclusão da plebe do *ager publicus* e a concentração destas terras nas mãos dos patrícios conduziu a plebe rural à uma situação de sujeição econômica (apenas lhes cabiam pequenos lotes concedidos pelos patrícios em troca da clientela). A insatisfação que isto gerava tornou costumeira a atribuição, em plena propriedade, de pequenos lotes aos plebeus (desde o séc. V a.C., apesar do processo se ter acentuado depois da conquista de Veios em 396 a.C. – ARANGIO-RUIZ, *Historia...*, pg. 55-56). Atribuição que era feita através da *limitatio*, uma vez que o *dominium ex iure Quiritium* é uno, a propriedade assignada aos plebeus é modelada à imagem da propriedade patrícia (cfr. BONFANTE, *Storia...*, pg. 186).

¹⁷⁵ BONFANTE, *Storia...*, pg. 184. Ao nosso ver, a expansão da tese sobre a origem da propriedade imobiliária romana se dá de modo um tanto quando abrupto e injustificado, resumidamente, baseia-se: 1) na ideia que todo o direito conheceria uma *summa divisio rerum* (que no direito romano seria aquela que contrapões *res Mancipi* e *res nec Mancipi* – sendo as primeiras, segundo Gaius, as *res pretiosiores*); 2) que «nos tempos antigos» apenas as *res Mancipi* deviam ser contabilizadas para o censo; 3) a tutela da propriedade das coisas por *rei vindicatio* devia ser exclusiva das *res Mancipi*. Se é assente que o primeiro ponto é indiscutível, os outros dois apresentam-se incertos. Começemos pelo ponto 2): ao que tudo indica a divisão dentre centúrias era feita com base na contabilização do patrimônio imobiliário (ou seja, não contabilizava-se todas as *res Mancipi*, mas apenas uma) e com base na distinção entre patrícios e plebeus (ver ARANGIO-RUIZ, *Historia...*, pg. 102-107). Quanto ao último ponto: desconhecemos qualquer indício seguro de que apenas as *res Mancipi* pudessem ser tuteladas pela *rei vindicatio*, como já foi mencionado, a Lei das XII Tábuas não faz menção a *summa divisio rerum*, além disso, também já sabemos do relato de Gaius (G. IV, 17), que refere a possibilidade de se levar a juízo apenas uma ovelha ou cabra (ou mesmo um tufo de pelo) para simbolizar o rebanho na *legis actio per sacramentum*.

¹⁷⁶ KASER, *Eigentum...*

¹⁷⁷ *Ibid.*, pg. 6.

direito e, para concretizá-lo reivindicava-o. Daí a ideia do direito de propriedade como «direito à posse» ou como «melhor direito à posse»¹⁷⁸, donde também se infere a relativa diferença entre posse e propriedade¹⁷⁹. Toda esta relação já teria sido anteriormente observada por Hugo Kruger ao identificar a raiz do direito de propriedade no poder de facto sobre as coisas. A favor desta tese abona o D. 41, 2, 1, 1:

«Diz Nerva, filho, que o domínio sobre as coisas começou pela posse natural e disto ainda remanescem vestígios nas coisas que se colhem na terra, no mar e no ar; porque elas se fazem daquele que primeiramente lhes apreendem a posse. Do mesmo modo, as coisas capturadas na guerra, a ilha formada no mar, as pérolas, as pedras preciosas e as margaritas que chegam ao litoral, se fazem daquele que lhes possua primeiro.»¹⁸⁰

Certamente, perante as teorias apresentadas¹⁸¹ e a natural escassez de fontes que nos chegam do período, o mais prudente será praticar a *ars ignorandi*¹⁸². Mas, nem só de razão é feito o escritor¹⁸³... tornar-nos-íamos compositores de mais uma página do livro do desassossego não trazer a seguinte provocação¹⁸⁴ (que, ao nosso ver, ainda foi pouco considerada pela romanística): Não seria altura de abandonar a tentativa de construir uma única origem da propriedade romana e reconhecer (assim como foi reconhecida a impossibilidade de uma teoria universal que explique a origem da propriedade nos vários povos) que o *dominium* romano tem origens diversas conforme a *res* objeto do direito? Não queremos com isso atentar contra a ideia de que o direito de propriedade romano foi

¹⁷⁸ *Ibid.*, pg. 10.

¹⁷⁹ Vide D'ORS, *La posesión del espacio*, pg. 22-23.

¹⁸⁰ “Dominiumque rerum ex naturali possessione coepisse nerva filius ait eiusque rei vestigium remanere in his, quae terra mari caeloque capiuntur: nam haec protinus eorum fiunt, qui primi possessionem eorum adprehenderint. Item bello capta et insula in mari enata et gemmae lapilli margaritae in litoribus inventae eius fiunt, qui primus eorum possessionem nactus est.”

¹⁸¹ Uma terceira teoria, quase sempre apresentada quando se leva à mesa o tema da origem da propriedade, é de Visscher, contudo, já tivemos oportunidade de rejeitar a compreensão do *mancipium* como um poder unitário sobre pessoas livres e sobre certas *res* e também foi salientada a base débil em que se sustenta a teoria (cfr. nota 118). Cfr. VISSCHER, *Mancipi et res Mancipi*; BRASIELLO, *Corso...*, pg. 111-113; CURA, *Fiducia...*, pg. 198; JUSTO, *Direito...*, vol. III, pg. 20-21.

¹⁸² Neste sentido JUSTO, *Direito...*, vol. III, pg. 21.

¹⁸³ Se nos autorizarem a citar o sumário de BRONZE, *Metodologia...*, pg. 10: “A razão (quase) nunca foi a única nota predicativa da humanidade do homem. Não o foi na Grécia antiga... Nem na Idade Média... Nem neste tempo que é nosso”.

¹⁸⁴ Afinal, “um homem jovem, se tiver mobilidade de espírito (...) emite sem parar ideias em todas direções. Mas só aquelas que encontram ressonância no mundo que o rodeia se repercutirão de novo nele, adensando-se, enquanto todas as outras se dispersaram e se perdem no espaço!” – MUSIL, *O homem sem qualidades*, vol. I, pg. 171.

unitariamente configurado¹⁸⁵, tão só ousar uma via conciliatória. Se reconhecermos o mérito do labor de Bonfante e (assumindo como verdadeira aquela caracterização que fizemos da antiga propriedade fundiária romana) que o *domium* sob o *fundus* tem uma origem pré-estatal, encentrada no grupo das *gens* e constituído à semelhança da soberania territorial do Estado¹⁸⁶; mas, simultaneamente, considerarmos que apenas uma posse muito bem consolidada poderia ter suficientes semelhanças («trazidas a correspondência» por um pertinentemente selecionado *tertium comparationis*¹⁸⁷) justificativas do seu tratamento enquanto *dominium ex iure Quiritum*; não estaríamos em condição de reconhecer que, depois que o *dominium* se consolidou (tendo, primeiramente, como objeto o *fundus*) outras relações que se estabeleciam com as coisas foram sendo progressivamente consideradas análogas ao *dominium*? Assim, as *res pretiosiores* naturalmente foram as analogias mais próximas, enquanto outras relações com as coisas (posses menos estáveis) apenas podiam ser reconduzidas à figura rígida do *dominium ex iure Quiritum* mediante analogias mais distantes ou através de uma maior consolidação da posse, sem deixarmos de reconhecer que estes processos jurídico-históricos não são perfeitamente reconduzíveis ao catálogo das *res mancipi*¹⁸⁸.

Resolvidas nossas inquietações, afigura-se-nos seguro ensaiar a tese cuja fundação construímos. Independentemente daquela que julgamos ser a conceção mais correta sobre a origem da propriedade romana, é seguro afirmar que no exórdio do direito o *domium ex iure*

¹⁸⁵ Ou seja, não queremos de forma alguma invalidar o seletto ponto de partida de *JUSTO, Direito..., vol. III, pg. 22.*

“Partiremos, portanto, da ideia de que, em Roma, o direito de propriedade foi configurado sob um aspecto unitário, acabando os jurisconsultos por atribuir o mesmo valor jurídico às diferentes expressões utilizadas: *mancipium, dominium, proprietas e meum esse ex iure Quiritum*. Com efeito, embora tenha surgido em épocas diferentes e expressado, na sua origem, concepções distintas, os juristas clássicos usaram-nas para manifestar a mesma (e unitária) relação que, no seu entendimento, o homem tinha com a *res*. Além de as fontes nos transmitirem esta posição, também o facto de esses jurisconsultos terem construído os outros direitos reais como tipos fixos e considerados formas limitativas da propriedade alheia pressupõe, necessariamente, um conceito unitário de propriedade.” No mesmo sentido cfr. *VOLTERRA, Istituzioni..., ob. cit., pg. 297.*

¹⁸⁶ Se ficássemos por aqui, julgamos que uma importante lição já poderia ser colhida, aquela de que «o direito é originariamente analógico».

¹⁸⁷ “*in casu*, as constituendas exigências... constitutivas da juricidade (...)” – *BRONZE, O problema da analogia iuris, pg. 280.*

¹⁸⁸ Porque, assim como “[a] convicção de que todos os critérios e fundamentos das ações e dos juízos humanos se encontram ‘arquivados em protocolo’, limitando-se a situação concretamente judicanda a determinar a mobilização, consonante as circunstâncias, de um(ns) ou/e de outro(s) desses arrimos pré-disponíveis (...), traduz o apoucamento da responsabilidade (...) da pessoa, o aviltamento da historicidade (...) da prática e o pagamento da novidade (...) dos problemas (...)” (*Fernando José Pinto BRONZE, A metodonomologia (para além da argumentação), em Analogias, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pg. 227*), também a convicção de que todos os processos históricos que conduziram ao *dominium* podem ser reconduzidos ao catálogo das *res mancipi* implica (no mínimo) o aviltamento da história...

Quiritium foi construído em molde assaz rígido e, enquanto momento constitutivo do sistema dominial definitivo, não deixava suficientes aberturas recetivas dos *outputs* lançados pela realidade que intencionava regular. Este encerramento em limites deveras estreitos fazia com que o sistema dominial provisório se revestisse de uma maior importância nos primeiros anos da *civitas*. Em poucas palavras, existe uma relação direta de complementaridade inversa que se estabelece entre o sistema de organização dominial definitivo e o sistema de organização dominial provisório¹⁸⁹. Como era pouco maleável para se ajustar as diferentes formas como as pessoas se relacionam com as coisas aquele sistema de organização dominial definitivo, menor foi a amplitude das situações que reclamavam uma resposta do direito¹⁹⁰ que encontraram solução neste sistema – e esta resposta acabou delegada para o sistema possessório. É importante esclarecer que a relação de complementaridade inversa que constatamos restringe-se a amplitude dos sistemas e não a sua complexidade, é perfeitamente concebível todo um sistema de organização dominial (provisório e definitivo) pouco complexo. O que é absurdo é pensar num sistema de organização dominial que se isente de regular certas relações dominiais juridicamente relevantes e isto deve-se a factualidade constituinte da *possessio* (seja pelo *corpus*, seja pelo *animus*, a posse abre o direito à realidade – é uma figura jurídica sináptica).

¹⁸⁹ “resulta que os direitos reais são instrumentos de uma ordenação preferencial dentro daquela a que o Direito globalmente se dirige: a uma ordenação que não consente lacunas, porque de alguma maneira responde pela solidez do *Überbau*, quer dizer, do edifício de toda a super-estrutura. Daí que importe que ordenação do domínio venha a dispor não apenas de uma utensilagem normal suficiente rigorosa para evitar os interstícios – ao que provêm os princípios ou regras que presidem à constituição dos direitos das coisas –, mas ainda de uma utensilagem, por assim dizer, anormal, que preencha alguma brecha que apesar de tudo se verifique (...). Uma ordenação dominial provisória para ocorrer às lacunas da ordenação definitiva: uma via de recurso para impedir de momento as soluções de continuidade do funcionamento dos direitos que constituem os mecanismos de tutela jurídica que o Direito seleciona para o domínio sobre os bens – até se restabelecer, por conseguinte, esse funcionamento completo e em ordem (...).” – CARVALHO, *Direito das Coisas*, pg. 233-234.

¹⁹⁰ E quando se questionar: como afirmar a relevância jurídica de um problema? Responder-se-á: “sempre que, atenta a uma dada situação concreta e com objetivo de a qualificar, se impuser pressupor as constituendas valências constitutivas do direito (...), e se julgar que nela (na situação hipoteticamente em causa) se não encontra cumprido esse quadro referencial (...) é mister concluir pela relevância jurídica do aludido problema.” – Fernando José Pinto BRONZE, *Praxis, problema, nomos (um olhar oblíquo sobre a respetiva intersecção)*, em *Analogias*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pg. 260. Ou, noutras palavras, “estaremos perante um problema de direito – ou seja, um problema a exigir uma solução de direito – se, e só se, relativamente a uma certa situação social estiver em causa, e puder ser assim objeto e conteúdo de uma controvérsia ou problema práticos, uma inter-ação humana de exigível correlatividade, uma relação de comunhão ou de repartição de um qualquer espaço objetivo-social em que seja explicitamente relevante a tensão entre a liberdade pessoal ou autonomia e a vinculação ou integração comunitária e que convoque num distanciador confronto, já de reconhecimento (a exigir uma normativa garantia), já de responsabilidade (a impor uma normativa obrigação), a afirmação ética da pessoa (do homem como sujeito ético) [isto é, as «constituendas valências constitutivas do direito»]” – NEVES, *Metodologia...*, pg. 233.

Todavia, quando analisamos as características da antiga propriedade fundiária romana, tivemos oportunidade de observar como aquela rigidez inicial foi sendo atenuada ao longo do tempo. Incontestavelmente esta atenuação teve um papel fundamental para aumentar o âmbito da organização dominial definitiva, mas não pode ser vista como fator único. Ao longo do desenvolvimento do direito romano despontaram situações análogas ao primo *dominium*, porém, por falha de um ou outro requisito não puderam ser classificadas como *dominium ex iure Quiritium*. O reconhecimento da necessidade de se tutelar juridicamente estas situações contribuiu para alargamento do sistema dominial definitivo. As situações circunstancialmente relevantes são de tal forma análogas ao atual conceito de propriedade que é consensual seu tratamento na doutrina romanística como «formas de propriedade» (apesar das suas particularidades).

5. Titulares

Podiam ser titulares do domínio *ex iure Quiritium* os cidadãos romanos e latinos¹⁹¹. Comumente também é apontado pela doutrina a possibilidade desta propriedade ser titulada por peregrinos¹⁹², contudo, preferimos seguir aquela que é posição mais ressonante na romanística espanhola e considerarmos que os peregrinos não podiam encabeçar esta forma de domínio¹⁹³. Afinal, se era uno o domínio segundo o direito dos Quirites¹⁹⁴, diferentes

¹⁹¹ Apesar desta possibilidade aberta aos latinos apresentar-se nas fontes como consequência da possibilidade destes alcançarem a cidadania Romana, como dizia Gaius (G. 1, 28): «Os latinos têm muitos modos de aceder a cidadania Romana» («*Latini uero multis modis ad ciuitatem Romanam perueniunt*»). Estes modos são desenvolvidos em G. 1, 29-35; D'ORS (*Derecho...*, pg. 204) destaca a conceção da cidadania aos latinos que tivessem bens avaliados em 200 mil sestércios ou mais e gastassem pelo menos metade da sua fortuna na edificação duma casa em Roma (G. 1, 33).

¹⁹² Assim JUSTO, *Direito...*, vol. III, pg. 23; ALVES, *Direito...*, pg. 293; VOLTERRA, *Istituzioni...*, pg. 298; G. LONGO, *Corso...*, pg. 33.

¹⁹³ «Los peregrini no pueden ser titulares de *dominium* (...)» – D'ORS, *Derecho...*, pg. 204.

“El no ciudadano, aunque goce del *ius commercii*, y sea capaz, por tanto, de realizar la *mancipatio* [os peregrini podiam intervir em uma *mancipatio* não testamentária – JUSTO, *Direito...*, vol. III, pg. 23, nota 3; D'ORS, *Derecho...*, pg. 204], no adquiere la propiedad quiritaria.” – IGLESIAS, *Derecho...*, pg. 175.

Na doutrina brasileira este entendimento é perfilhado por Thomas MARKY, *Curso elementar de direito romano*, 8ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1995, pg. 69.

¹⁹⁴ G. 2, 40.

formas de tutela¹⁹⁵ (conforme o titular da relação jurídica fosse cidadão romano ou peregrino dotado de *ius commercii*) não atentariam contra esta unidade?¹⁹⁶

6. Objeto

Objeto da propriedade quirritária era qualquer *res* corpórea, móvel ou imóvel que (nesta última hipótese) se situe na Itália (*fundi italici*) ou que recebera a concessão do *ius italicum*¹⁹⁷.

No que toca exclusivamente os bens imóveis, alguns autores¹⁹⁸ levantam a possibilidade de apenas poder ser objeto do *dominium ex iure Quiritium* o *ager limitatus* (assim, o *ager arcifinius* ficaria excluído deste tipo dominial) com base numa passagem da autoria suposta de Agennius Urbicus¹⁹⁹ (comm. de agr. qual. 5, 22) que diz «*nulla mensura continentur*».

Pelo que nos chega através do *Corpus Agrimensorum Romanorum* seria este os fragmentos em questão²⁰⁰:

Agrorum qualitates sunt tres: una agri diuisi et adsignati, altera mensura per extremitatem comprehensi, tertia arcifini, qui nulla mensura continentur.

Ager est arcifinius, qui nulla mensura continentur. Finitur secundum antiquam obseruationem fluminibus, fossis, montibus, uiis, arboribus ante missis, aquarum diuergiis

¹⁹⁵ Enquanto a propriedade dos cidadãos romanos era tutelada pela *rei vindicatio*, a propriedade dos peregrinos era tutelada por *actiones ficticiae*, análogas as primeiras, com a ficção *si cives romanus esset*. Em G. 4, 37 “finge-se (...) a cidadania romana para o *ius civile* se tornar aplicável e, assim, demandar o autor do furto ou dano previsto na *lex Aquila*” (António dos Santos JUSTO, A «Fictio Iuris» no Direito Romano («*actio ficticia*»), época clássica, separata do vol. 32 do suplemento do BFDUC, 1988, pg. 30; sobre a ficção do pretor ver pg.85-95; e sobre o fragmento de Gaius pg. 356-359). Observa D’ORS (*Derecho...*, pg. 204) que “no hay razón para no extender este recurso a otras acciones.”

¹⁹⁶ Curioso é o posicionamento de Helmut Steinwascher NETO, *Origem e espécies de propriedade no direito romano*, na Revista de Direito de São Bernardo do Campo, ano 11, nº 13, 2007; que considera como característica do direito de propriedade quirritário a tutela processual realizada mediante a reivindicação e, incongruente, entende que os peregrinos podiam ser sujeitos desta forma de propriedade.

¹⁹⁷ “Trata-se de um privilégio concedido pelos imperadores a algumas províncias e, sobretudo, a algumas colónias cujos *fundi* ficavam imunes: livres de imposto [eram, portanto, juridicamente assimilados aos *fundi italici*]. Com a concessão universal da cidadania romana em 212, desapareceu a distinção entre fundos itálicos e provinciais. Ulpianus (D. 50, 15, 1) refere algumas colónias contempladas com o *ius italicum*.” – JUSTO, *Direito...*, vol. III, pg. 24, nota 2.

¹⁹⁸ VOLTERRA, *Istituzioni...*, pg. 298, nota 2; G. LONGO, *Corso...*, pg. 34.

¹⁹⁹ Pelo que nos chega o texto seria da epitome de Frontinus e a versão transmitida no *Corpus agrimensorum Romanorum*, deriva do trabalho de um comentador anónimo, cfr. Mauro de NARDIS, *The writings of the roman land surveyors: technical and legal aspects*, tese de doutoramento em filosofia, University College London, 1994, pg. 40.

²⁰⁰ Consultamos a edição de Thulin do *Corpus Agrimensorum Romanorum* (disponível em <https://archive.org/details/corpusagrimensor01thuluoft/mode/2up?view=theater>). O fragmento em questão é La. 4, 4 – 7, 4.

*et si qua loca ante a possessore potuerunt optineri. nam ager arcifinius, sicut ait Varro, ab arcendis hostibus est appellatus: qui postea, interuentu litium per ea loca quibus finit terminos accipere coepit. in his agris nullum ius subsiciuorum interuenit.*²⁰¹

Antes de mais é preciso mencionar que a identificação do *ager arcifinius* com o *ager publicus* é sugerida por Mommsen²⁰², porém o mesmo A. sustenta que na altura de Frontinus (séc. I) já não existia *ager publicus* na Itália²⁰³ e que não há uma correspondência exata entre *ager divisus et adsignatus* com a terra tida em pleno domínio²⁰⁴. A única forma de conciliar esta contradição é considerando que os *ager arcifinius* que foram adquirindo marcadores limítrofes passam a ser *ager limitatus*, só assim seria explicável o destino dos diversos *ager arcifinius* itálicos que, sendo inicialmente *ager publicus*, já não eram no séc. I. Contudo, da leitura da passagem do *Corpus Agrimensorum Romanorum* não resulta uma necessária transmutação, abona em sentido contrário não só o trecho «*qui postea, interuentu litium per ea loca quibus finit terminos accipere coepit*», como também Nipsus (agrimensor romano de data incerta) que afirma “*non una species agrorum adsignatorum est*”²⁰⁵. Refira-se ainda que a maior preocupação de Frontino é analisar as diferentes aplicações da *mensura*²⁰⁶ e não discorrer sobre o regime jurídico dos tipos de terras²⁰⁷. Aliás, já foi demonstrado por Brugi que os diversos sistemas de medição de terra não correspondem necessariamente à diferentes situações jurídicas.²⁰⁸

Como referido anteriormente, tudo indica que o *dominium ex ius Quiritium* tenha surgido em estreita relação com o *ager limitatus*, todavia, o sobejar do *dominium* parece ter origens

²⁰¹ “São três as categorias da terra: uma da terra dividida e assignada, outra que têm sua mensura definida pelas extremidades que a compreendem e aquela que não contém nenhuma mensura.

Ager arcifinius é aquele que não é contido por mensura. É limitado por observação antiga dos rios, fossos, montanhas, estradas, árvores de tempos antigos, diversão d’águas e qualquer lugar que anteriormente pudesse ser adquirido por possuidor. O nome *ager arcifinius*, como diz Varro, deriva da ideia de afastar o inimigo. Posteriormente, pela intervenção litígios, os locais começaram a adquirir marcadores limítrofes. Nestas terras não existem direitos relativos à divisão.”

²⁰² Theodor MOMMSEN, *Zum römisches Bodenrecht*, 1892, pg. 86-88 apud NARDIS, *The writings...*, pg. 44.

²⁰³ MOMMSEN, *Zum römisches Bodenrecht*, pg. 86 apud NARDIS, *The writings...*, pg. 50. No mesmo sentido observa BONFANTE, *Storia...*, pg. 398.

²⁰⁴ Biagio BRUGI, *Le dottrine giuridiche delle agrimensori romani comparate a quelle del Digesto*, Verona-Pádua, Fratelli Duncker editori, 1897, pg. 103.

²⁰⁵ NARDIS, *The writings...*, pg. 43.

²⁰⁶ *Ibid.*

²⁰⁷ “Lo scopo delle loro partizioni scolastiche è anzitutto tecnico perchè non giuristi ma geometri” – BRUGI, *Le dottrine...*, pg. 103.

²⁰⁸ BRUGI, *Le dottrine...*; e DE NARDIS, *The writings...*, pg. 5.

mais distantes que as passagens analisadas. Caio Graco terá sido o primeiro a destacar o conceito de *solum italicum* da Itália romana quando fundou a colônia de Cartago e declarou que a terra dos colonos seria *ager privatus ex iure Quiritium*²⁰⁹, no ano de 109 a.C. abole-se o *vectigal* sobre as terras distribuídas na reforma agrária²¹⁰ (ou seja, o regime destas terras passa a se equiparar ao regime do *dominium ex iure Quiritium*) e Augusto também recorreu a extrapolação do *ager privatus ex iure Quiritium* quando confrontado com a necessidade de estabelecer seus veteranos na Itália²¹¹.

Segundo Brugi, o “*ager arcifinius*” no ensinamento de Frontino é apenas aquele que carece de mapa oficial e sugere que, se tratando de terra privada, se deva chamar o agrimensor para examinar seus limites naturais. Portanto as três categorias que aparecem no enxerto reconduzem-se à um critério prático que distingue os terrenos que são oficialmente mapeados e daqueles que não são, pouco importando a qualidade jurídica do solo.²¹²

Não nos parece que deva atribuir exacerbada importância a última passagem «*in his agris nullum ius subsiciuorum interuenit*». Dado o caráter técnico do texto e a identificação do *ager arcifinius* com aquele que não contém mensura oficial, o afastamento dos «*ius subsiciuorum*» provavelmente é devido à impossibilidade de *suum cuique tribuere* na ausência de mensura, o que mais uma vez reforçaria a necessidade de convocar o agrimensor.

Deixando de lado a tentativa de ver nos escritos dos agrimensores os regimes jurídicos a que estavam sujeitas as diferentes terras e reconhecendo que a limitação do *dominium* ao *ager limitatus* foi superada antes dos escritos em questão, nada impede que reconheçamos o *ager arcifinius* como objeto de *dominium ex iure Quiritium*, pelo menos desde o início do período clássico (uma vez que as reformas gracas já indicam um estágio avançado de ocupação do *ager publicus*). Caso contrário, qual teria sido o destino do *ager publicus*? E porquê não aceitar essa abertura, uma vez que vimos que o conceito de *fundus italicus* também foi expandido (mediante a concessão do *ius italicum*²¹³) para comportar o sobejar do *dominium ex iure Quiritium*?

Por fim, relembremos que quando nos referimos ao *ager arcifinius* (na parte II, ponto 4), não atribuímos à expressão o significado dos agrimensores do *Corpus Agrimensorum*

²⁰⁹ BONFANTE, *Storia...*, pg. 355.

²¹⁰ ARANGIO-RUIZ, *Historia...*, pg.234-235.

²¹¹ BONFANTE, *Storia...*, pg. 355.

²¹² BRUGI, *Le dottrine...*, pg. 106.

²¹³ D. 50, 15, 1. Cfr. ainda JUSTO, *Direito...*, vol. III, pg. 24, nota 2; e SCIALOJA, *Teoria...*, pg. 250.

Romanorum. Utilizámo-lo como contraponto do *ager limitatus*, ou seja, aquelas terras não têm seus confins definitos por *limitatio*.

7. *Rei vindicatio*²¹⁴

A *rei vindicatio* pode ser definida como a ação pela qual o proprietário pede o reconhecimento de seu direito frente ao possuidor ilegítimo e, conseqüentemente, a restituição da coisa.²¹⁵

A origem da *rei vindicatio* clássica (*per formulam petitoriam vel arbitriam*²¹⁶) está na antiga *legis actio per sacramentum in rem*²¹⁷, a grande novidade trazida pelo sistema formulário é atribuição de posições processuais diferentes às partes (segundo a ideia muito natural na atualidade de que quem reclama um direito deve prová-lo²¹⁸)²¹⁹. Ocupa a posição de demandado aquele que tem a posse da coisa, não tendo este sujeito nada a provar (*commodum possessionis*); já ao demandante cabe fazer prova do direito. Se a *causa possessionis* fosse incerta, a questão poderia ser resolvida previamente através dos *interdicta possessórios*²²⁰.

Também não é despidendo o facto de o julgamento incidir diretamente sobre o direito de propriedade que as partes reclamam (e não sobre o *sacramentum* ou *sponsio*). Como

²¹⁴ Dado o carácter sintético da nossa apresentação (uma vez que apenas um traço geral do instituto é suficiente para sustentar as conclusões que almejamos), deixamos alguma bibliografia para maiores desenvolvimentos: JUSTO, *Direito...*, vol. III, pg. 109-115; ALVES, *Direito...*, pg. 329-331; D'ORS, *Derecho...*, § 148-155; IGLESIAS, *Derecho...*, pg. 199-202, KASER, *Derecho...*, pg. 123-127; PEROZZI, *Istituzioni...*, pg. 716-728; BONFANTE, *Corso...*, vol. II sez. II, pg. 293-311; VOLTERRA, *Istituzioni...*, pg. 360-363; G. LONGO, *Corso...*, pg. 249-259; TALAMANCA, *Istituzioni...*, pg. 441-449; DERNBURG, *Pandette*, pg. 211-234; SCHULZ, *Classical...*, pg. 368-372.

²¹⁵ BONFANTE, *Corso...*, vol. II sez. II, pg. 293; JUSTO, *Direito...*, vol. III, pg. 109.

²¹⁶ Ao lado desta subsistiu no período clássico um outro procedimento *per sponsionem*, como observa JUSTO, *Direito...*, vol. III, pg. 110: “Com esta *actio* evitavam-se os inconvenientes da antiga *legis actio sacramento*: a *summa sponsionis* não tinha carácter penal, mas prejudicial (apenas servia para permitir instaurar o processo [G. IV, 13, -93 e -94]); a presença da *res* não era necessária; e dispensava-se a participação de terceiros garantes (*praedes*). Porém, era ainda uma velha *legis actio* que não refletia as grandes transformações clássicas.”

²¹⁷ Sobre a tramitação cfr. JUSTO, *Direito...*, vol. I, pg. 293-294; BONFANTE, *Corso...*, vol. II sez. II, pg. 293-295; JUSTO, *Direito...*, vol. III, pg. 109-110; onde encontra-se a breve descrição: “Se a *res* fosse transportável, devia ser levada à presença do pretor; não o sendo, uma parte – v. g., uma ovelha de um rebanho, uma telha de uma casa, um torrão de um *fundus* – simbolizá-la-ia. Feita a aposta (*sacramentum*), cumprida a *litis contestatio* e atribuída a *possessio* interina, nomeava-se o *iudex* que, depois da produção de provas, proferia uma sentença que não continha nenhuma condenação: limitava-se a declarar qual das apostas era justa (*sacramentum iustum*) e injusta (*sacramentum iniustum*) e, em consequência, a quem pertencia o *dominium* da *res*.”

²¹⁸ Art. 342º nº1 Código Civil.

²¹⁹ Neste sentido BONFANTE, *Corso...*, vol. II sez. II, pg. 296 e JUSTO, *Direito...*, vol. III, pg. 109. Prova que não havia uma diferenciação clara entre demandante e demandado encontra-se em: 1) os sujeitos pronunciarem as mesmas palavras solenes (G. IV. 16); e 2) na possibilidade de os dois *sacramenta* serem declarados *iniusta* (ver JUSTO, *Direito...*, vol. I, pg. 304).

²²⁰ D, 43, 17, 1, 3.

observa D'Ors "la fórmula petitoria tiene una redacción sencilla: se pide en ella la condena del demandado si se prueba que el demandante es propietario *ex iure Quiritium* de la cosa en litigio, la cual sigue poseyendo el demandado; la condena es pecuniaria, como en otras acciones, pero se incluye en la fórmula una cláusula arbitraria (*neque... restituetor*) que permite al demandado vencido (según la *pronunciatio* del juez) restituir conforme al arbitrio del juez, y evitar así la condena pecuniaria, la cual de debe fijar por el *iusiurandum in litem*²²¹ del demandante."²²²⁻²²³

Só podia ser demandado o possuidor *animo et corpore*, não podendo ser demandado aquele que tivesse apenas a *possessio naturalis* (noutras palavras, o mero detentor)²²⁴⁻²²⁵. O possuidor não era, contudo, obrigado a assumir a *defensio rei*²²⁶, neste caso o demandado perdia a posse a favor do demandante²²⁷.

Destá síntese acreditamos já ter suficientes elementos para constatar que na relação com este particular estudo a *rei vindicatio* cobre-se de uma particularidade interessante. Enquanto epítome da tutela dominial²²⁸ a reivindicação ocupa-se justamente de afirmar a preferência do proprietário frente ao possuidor, noutras palavras, cuida de afirmar a melhor posição daquele que estabelece uma relação dominial definitiva com coisa frente aquele que estabelece com a mesma uma relação dominial provisória. Aliás, assemelha-se-nos que é justamente esta preferência determinada pelo direito que permite operar a divisão entre os dois sistemas dominiais; isto é, entre o sistema construído à imagem e luz da propriedade

²²¹ G. IV, 53.

²²² D'ORS, Álvaro, *Derecho privado romano*, pg. 216; no mesmo sentido JUSTO, *Direito...*, vol. III, pg. 111.

²²³ Quando o possuidor vencido tinha uma *iusta causa possessionis* (como no caso contido em D. 24, 1, 36 pr.) a condenação seria pelo *iusto pretio*.

²²⁴ D. 6, 1, 9; a parte final que apresenta a opinião de Ulpiano é interpolada (cfr. BONFANTE, *Corso...*, vol. II sez. II, pg. 298, nota 1; VOLTERRA, *Istituzioni...*, pg. 361, nota 1; e JUSTO, *Direito...*, vol. III, pg. 111, nota 9. D'ORS (Álvaro, *Derecho privado romano*, pg. 216, nota 1) explica que, segundo a doutrina sabiniana a *rei vindicatio* apenas poderia ser mobilizada contra quem, no momento da *litis contestatio* possuísse a coisa reivindicada e, segundo os proculeianos, desaparecida a exigência da presença da coisa *in iure*, para poder condenar através da reivindicação bastava que o demandado possuísse no momento da sentença (D. 6, 1, 27, 1 e para *actio ad exhibendum* D. 10, 4, 7, 4), no mesmo sentido PEROZZI, *Istituzioni...*, pg. 719, nota 2.

²²⁵ Como a *laudatio auctoris* (a obrigação do detentor declarar em nome de quem possui) é estabelecida por Constantino (C. 3, 19, 2) é de se excluir a classicidade do instituto. Alguma dúvida existe sobre se quem *dolo desistit possidere* estava ou não legitimado passivamente à *rei vindicatio* clássica (vide D'ORS, *Derecho...*, pg. 217).

²²⁶ D. 6, 1, 80; D. 50, 17, 156.

²²⁷ "(...) se a *res* fosse imóvel, o pretor concedia o *interdictum quem fundum* [Ulp. Inst. Fr. IV; sobre o interdito vide PEROZZI, *Istituzioni...*, pg. 719, nota 3]; se fosse móvel e estivesse na presença do magistrado, este ordenava a sua entrega ao autor (*duci vel ferri iubere*) [D. 2, 3, 1, 1]; se não se encontrasse presente, o pretor outorgava a *actio ad exhibendum* [D. 10, 4].” – JUSTO, *Derecho privado romano – III*, pg. 112.

²²⁸ Neste sentido BONFANTE, *Corso...*, vol. III, pg. 350; G. LONGO, *Corso...*, pg. 249; ALVES, *Direito...*, pg. 329

(que ganha forma em manifestações plenas ou parciais dela) e o sistema que reconhece a simples relação entre sujeito e coisa (por vezes isenta de qualquer título) acompanhada dum *animus* (diga-se de passagem, uma qualquer atividade da alma é requisito indispensável até para um sujeito – e nem sequer podemos falar de sujeito sem uma alma... – se inserir na *praxis*), o que permite afirmar que um é definitivo e outro é provisório é justamente o facto de o segundo ceder ao primeiro. Claro que existe uma tendência, orientada por um sentido de aproveitamento jurídico-económico dos bens, de transferir as relações estabelecidas no sistema dominial provisório para o sistema dominial definitivo através da *usucapio*, mas esta tendência não pode ser exagerada ao ponto de se dizer que é uma relação dominial provisória justamente porquê ainda não se tornou definitiva. Como veremos mais à frente existe diversas relações dominiais que nunca podem se tornar definitivas²²⁹ (por ex. a *possessio malae fidei*) e nem por isso deixam de ser relações dominiais protegidas pelo direito.

Passemos agora para o outro lado da organização dominial...

III. *Possessio*

D. 41, 2, 12, 1 – “*Nihil commune habet proprietas cum possessione...*”²³⁰

D. 43, 17, 1, 2 – “*... separata esse debet possessio a proprietate...*”²³¹

D. 42, 2, 52 pr. – “*...quemadmodum nec possessio et proprietas misceri debent...*”²³²

E, apesar das advertências das fontes, “il solo punto pacifico nella controversa teoria possessoria si può dire che sia il parallelismo fra il possesso e la proprietà.”²³³ Vejamos os motivos.

²²⁹ A *exceptio quadraginta annorum* introduzida por Constantino já não pertence ao período clássico (C. Th. 4, 11).

²³⁰ “A propriedade nada tem em comum com a posse...” – tradução de ALVES, *Direito...*, pg. 273.

²³¹ “...a posse deve ser apartada da propriedade...” – tradução de ALVES, *Direito...*, pg. 273.

²³² “...do mesmo modo não se deve misturar a posse a e propriedade...”

²³³ Emilio ALBERTARIO, *Corso di diritto romano – il possesso*, Milão, Dott. A. Giuffrè editore, 1939, pg. 5; também em José Carlos Moreira ALVES, *Posse, vol. I – Evolução histórica*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 1997, pg. 1.

1. A posse e a organização dominial provisória

“Ma è problema generale in epoca antica e moderna che ogni ordinamento giuridico, oltre ad assicurare la difesa *erga omnes* della proprietà, debba anche, per adempiere al suo compito di attuare la pace sociale, preoccuparsi di reprimere atti diretti a turbare la disponibilità di fatto che un soggetto abbia sua di una cosa, indipendentemente dalla circostanza che a tale disponibilità corrisponda o meno una situazione giuridica. Se fosse lecito a chiunque impadronirsi di un oggetto, di cui altri abbia la disponibilità, a meno che il disponente non poi che il suo rapporto di fatto con la cosa s’identifichi con l’esercizio di un diritto, la vita sociale sarebbe sovvertita: non solo si darebbe incentivo ad atti di violenza e di arbitrio, ma la stessa posizione del proprietario sarebbe difficilissima, dovendo egli fornire continuamente la prova del suo diritto onde conservare la disponibilità della cosa. La difesa del rapporto di fatto giova pertanto a tutti coloro che si trovano materialmente in tale situazione, compresi i titolari di un diritto.”²³⁴

Das palavras do mestre italiano resulta evidente a essencialidade de qualquer ordem de direito não se bastar com uma regulamentação da ordenação dominial definitiva, a paz social reclama ainda uma ordenação dominial provisória²³⁵. Esta forma de ordenação dominial, segundo Orlando de Carvalho, “age (...) por intermédio da posse”²³⁶. Contudo, quando transposta para o direito romano, esta relação entre organização dominial provisória e posse torna-se problemática, isto porquê o *ius Romanum* conheceu uma *possessio* que era verdadeiramente um direito (a *possessio bonae fidei*) e na mentalidade de nossos dias tal

²³⁴ VOLTERRA, *Istituzioni...*, pg. 387.

²³⁵ Orlando de CARVALHO (*Direito das Coisas, ob. cit., pg. 262*) prefere ver a razão da tutela possessória no «valor de continuidade»: “Discute-se a razão de ser da tutela possessória. Uma teoria, muito estendida, vê-a na paz pública que desse modo se garante. As brechas na ordenação dominial são causas de conflitos, e a posse permite evitá-los. É, pois, um bem e, por conseguinte, merece tutela. Mais realisticamente, Heck nega essa razão publicística não só porque pouco coerente com os interesses fundamentalmente individuais que presidem à regulamentação jurídico-civil – ou por que passam os interesses públicos nela relevantes –, mas ainda porque intrinsecamente discutível. A paz pública, num conflito de domínio, estará na prevalência do direito ou na prevalência do facto? Daí que veja a razão da tutela da posse no «valor de continuidade» ou no «valor de organização» (*Organisationswert*) que a posse realiza. É a chamada *Kontinuitätstheorie*, por oposição àquela *Friedensstheorie* ou teoria da paz. A posse é um bem porque permite a continuidade patrimonial que a lacuna do domínio interrompe, assegurando valores de organização que aliás se perderiam.”

²³⁶ Ainda seguindo o professor de Coimbra: “Por mais que aos sistemas jurídicos estabelecidos (...) repugne tal valorização de um facto potencialmente negador das estruturas de domínio que o ordenamento escolheu, nenhum deles pode ser insensível à aparência de direito que esse facto incorpora, nomeadamente aos valores que à sua sombra se geram – o que justificará uma tutela da posse – e à real substituição que, prolongando-se no tempo, esse poder empírico tende a operar pouco a pouco de e contra um poder meramente jurídico que se mantém inerte ante a contestação que lhe fazem – o que justificará não apenas as presunções do direito mas também a aquisição definitiva do mesmo, através do instituto da usucapião.” – CARVALHO, *Orlando de, Direito das Coisas, ob. cit., pg. 234-236*.

direito parece cair no campo da ordenação dominial definitiva²³⁷. Ao nosso ver este desencontro explica-se uma vez que “la possessio nel diritto romano non è un fenomeno anomalo, come il nostro possesso, (...), ma invece un regime vasto e vario il quale sovrasta di gran lunga la proprietà.”²³⁸

2. Origem

No que toca à origem etimológica do verbo «*possidere*», é comum considerá-lo o resultado da junção de *sedere* e do prefixo *pots*, denotando uma ideia de poder.

Apesar de alguns autores considerarem válida a definição de Paulus (que, supostamente remonta à Labeo):

«*Possessio appellata est, ut et Labeo ait, a sedibus quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo qui ei insistit, quam Graeci κατοχή dicunt.*»²³⁹

Contra, Bonfante entende que o fragmento é interpolado²⁴⁰ e que «*possessio*» deriva de *potis* (ou *pote*) *sedere*: “il tal caso il concetto genuino della *possessio* non sarebbe dato dall’umile immagine del *sedere*, bensì dalla superba affermazione «io siedo signore»”²⁴¹.

²³⁷ Naturalmente existem outros motivos que dificultam o tratamento da posse na sua generalidade. Neste ensejo António Menezes CORDEIRO, *A posse: perspectivas dogmáticas actuais*, 3ª ed., Cacela Velha, Editora Almedina, 2014, pg. 8-11) explica esta dificuldade através das ideias de: a) ampliação e refração conceitual, b) desenvolvimento numa metalinguagem, c) complexidade histórico-cultural, d) receções sobrepostas e e) inércia expositiva. No que toca as dificuldades específicas do estudo do instituto romano ALVES (*Posse*, pg. 7) refere a “aparente contradição substancial de textos romanos atribuídos a autores do mesmo período” e BONFANTE (*Corso...*, vol. III, pg. 138) fala-nos numa razão histórica da dificuldade, porém não no sentido do desenvolvimento doutrinário (onde uma noção restrita e definida foi substituída por uma noção ampla e indefinida), mas no sentido da dificuldade de nos colocarmos no ambiente económico-social romano para restituir ao instituto o seu significado na vida romana; neste sentido vide Francesca BOZZA, *Il possesso (parte prima)*, Napoli, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1935, pg. 12.

²³⁸ BONFANTE, *Corso...*, vol. III, pg. 142.

²³⁹ D. 41, 2, pr. – «*Possessio* foi denominada de, como disse também Labeo, *sedibus*, como no lugar, porque é naturalmente tida por quem está nela, a qual os gregos chamam *katoxyn* [detenção]».

Aceitam esta definição SCHULZ, *Classical roman law*, pg. 428; CORDEIRO, António, *A posse...*, pg. 16; José Alberto VIEIRA, *A posse (Estudo sobre o seu objecto e extensão. Perspectiva histórica e de direito português)*, Almedina Editora, 2018, pg. 15.

²⁴⁰ Sobre a suposta interpolação, cfr. BOZZA, *Il possesso*, pg. 22-24.

²⁴¹ BONFANTE, *Corso...*, vol. III, pg. 143. Para mais desenvolvimentos Pietro BONFANTE, *Il punto de partenza nella teoria romana del possesso, em Scritti Giuridici Varii III (obbligazioni, comunione e possesso)*, Torino, Unione tipografico-editrice torinese, 1921, pg. 524-525; também adere a este entendimento BOZZA, *Il possesso*, pg. 27.

Lambrini retém “cientificamente inaccoglibile la definizione” de Paulus, sendo necessário recordar que a expressão *possessio* indica, na linguagem comum, o fundo e que *possessiones* refere-se ao latifúndio.²⁴²

α) A detenção como ponto de partida

Independentemente da origem etimológica de *possessio*, a segunda parte do fragmento suscita controvérsia por outro motivo: parece dele resultar que a base da posse é a detenção material. Deve-se à Bonfante o labor de minuciosamente desmentir esta ideia:

“Non si vuol nemmeno tacere che la stessa applicazione tipica del possesso fa che non si debba assumere come punto di partenza la detenzione . Se questo fosse stato il concetto originario del possesso, la cosa mobile, in cui la detenzione nelle sue numerose figure giuridiche ha il massimo sviluppo, rappresenterebbe il fulcro del possesso, e per le cose mobili sarebbe stata in prima linea organizzata la sua difesa. Invece tutto il regime della *possessio* è un regime fondiario, *possessio* per metonimia significa il fondo, e la protezione del possesso concerne quasi esclusivamente il fondo: l'interdetti *unde vi* è disposto unicamente per i fondi, e dei due interdetti *retomemdae possessionis*, *l'uti possidetis* destinato ai fondi è certo il più antico, mentre *l'utrubi*, che d'altra parte solo per interpretazione venne esteso a tutte le cose mobili, è di data più recente.”²⁴³

Antes de avançarmos para teorias que propõe outras origens à *possessio* convém sublinhar a disseminação que a hipótese exposta encontrou no pensamento jurídico. Bonfante afirma que no tempo que escreve todos os outros escritores concordam neste ponto e destaca “non esclusi i due corifei delle due opposte tendenze, Savigny e Ihering.”²⁴⁴

β) Usus e possessio

β. 1 - O contributo de Cuq

O termo *possessio* é desconhecido no direito romano arcaico, a Lei das XII Tábuas fala-nos antes do *usus* bianual conducente à *usucapio* de imóveis e anual no caso de

²⁴² Paola LAMBRINI, *L'elemento soggettivo nelle situazioni possessorie del diritto romano classico*, pg. 28.

²⁴³ BONFANTE, *Corso...*, vol. III, pg. 153; ver também BONFANTE, *Il punto di partenza...*, pg. 529; BOZZA, *Il possesso*, pg. 15.

²⁴⁴ BONFANTE, *Corso...*, vol. III, pg. 132; também em BONFANTE, *Il punto de partenza...*, pg. 516-517 Sobre esta ideia nos «dois corifeus» vide Friedrich Carl von SAVIGNY, *Tratado de la posesión*, tradução de José Luis Monero Pérez, Granada, Editorial Comares, 2005, pg. 2; Rudolf Von JHERING, *Du rôle de volonté dans la possession – critique de la méthode juridique régnante*, in *Études Complémentaires de l'esprit du droit romain*, vol. III, tradução de O. de Meulenaere, Paris, Chevalier-Marescq éditeurs, 1891, pg. 84-124.

móveis²⁴⁵. Partindo deste dado histórico difundiu-se a ideia de que “*usus* seria a denominação primitiva de *possessio*”²⁴⁶.

A equivalência viria a ser rompida com *Cuq*, que primeiramente diferenciou as duas figuras²⁴⁷. Segundo o autor o *usus* implica a utilização duma coisa de acordo com a sua finalidade enquanto a *possessio* nem sequer implica a necessidade de usar a coisa. Por outro lado, o *usus* também se afasta da *usucapio* do direito clássico pela: a) sua finalidade, b) pelas condições que está subordinada e c) pelos seus casos de aplicação²⁴⁸.

- a) O *usus* permitia adquirir uma propriedade duma coisa cujo proprietário havia presumidamente renunciado como consequência da sua negligência em usá-la. Na visão dos primeiros romanos a propriedade retira legitimidade da sua afetação para as necessidades familiares. Sendo assim, se um proprietário deixa de cultivar seu campo, porquê impedir seu vizinho de lhe tirar proveito? Porquê conservar ao proprietário um direito que lhe é inútil? Se durante dois anos ele pudesse satisfazer as necessidades de sua família sem recorrer aos produtos daquele fundo, seu direito não merecia a garantia da *cúria* e a faculdade de *usucapir* surgia como um prêmio àquele que cultivasse o campo abandonado. Neste recorte há uma manifesta tendência político-social no instituto da *usucapio*: este serviu como uma espécie de transação entre o direito do proprietário e os cidadãos da mesma *gens*²⁴⁹ que se encontravam em estado de necessidade – era, portanto, um instituto de beneficência. Pelo contrário a *usucapio* no direito clássico é fundada num princípio negativo, na negligência prolongada do proprietário, já se não exige

²⁴⁵ Tábula VI, 3 (Cícero, Top. 4, 23) – «*usus auctoritas fundi biennium est, – certerarum rerum omnium – annus est usus.*»

²⁴⁶ ALVES, *Posse*, pg. 15.

²⁴⁷ Édouard CUQ, *Recherches sur la possession à Rome (sous la république et aux premiers siècles de l'empire)*, Paris, Éditeur Larose, 1894, pg. 22-24. No sentido de ter sido *Cuq* o primeiro a fazer a distinção vide ALVES, *Posse*, pg. 15.

²⁴⁸ CUQ, *Recherches sur la possession...*, pg. 23-24.

²⁴⁹ Apesar da afirmação não existe qualquer indício de que o instituto da *usucapio* fosse restrito ao caso do *usucapiente* e antigo *dominus* pertencerem a mesma *gens*.

uma necessidade nem uma utilização da coisa por parte do adquirente, apenas a possibilidade de a usar.

- b) O *usus* não implica nem justo título, nem boa fé; é suficiente que não esteja manchado por algum dos três vícios (violência, clandestinidade e precaridade). Ele também contém um elemento essencial distinto da posse, a negligência do proprietário, por isso um ato do antigo possuidor que revele a sua vontade de cuidar da coisa implica a destruição dos efeitos do *usus*.
- c) O *usus* diferencia-se da *usucapio* clássica pela multiplicidade das suas aplicações: protege aquele que a pode invocar contra todas as reivindicações, faz adquirir a qualidade de herdeiro aquele que durante um ano tenha usado as coisas hereditárias como se fosse herdeiro e até faz adquirir a *manus* da esposa²⁵⁰.

Conclui Cuq: “Durante muitos séculos a palavra posse e a palavra *usus* foram aplicadas a coisas diversas: o *usus*, a móveis e imóveis, às mulheres casadas e à herança. A palavra posse não convinha senão às terras (*fondes de terre*); estendeu-se a todos os imóveis, e, finalmente, aos móveis.”²⁵¹

Recentemente a distinção suprarreferida serviu de base para Bozza e Kaser construírem suas teorias sobre o desenvolvimento da posse.

β. 2 - A evolução da posse segundo Bozza

Partindo do princípio da ocupação bélica, as terras conquistadas ao inimigo caíam no domínio do povo vencedor, contudo, apenas uma parte era atribuída a título de propriedade individual e o remanescente era concedido aos *patres gentium* na forma de senhorio económico-político (*possessio*) – concessão que seria livremente revogável pelo rei, o que muito raramente ocorria. Deste modo o território tido em posse superava em grande medida

²⁵⁰ Neste último caso Gaius (G. I, 111) salienta que não se trata propriamente de *usucapio*: «*velut annua possessione usucapiebat*».

²⁵¹ Na tradução de ALVES, *Posse*, pg. 15. Na versão original: “Pendant plusieurs siècles, le mot possession et le mot *usus* se sont appliqués à des choses diferentes: l’*usus* aux meubles aussi bien qu’aux immeubles, aux femmes mariées aussi bien qu’à l’hérité. Le mot possession ne convenait qu’aux fonds de terre; on l’a éntendu à tous les immeubles et ennfin aux meubles” – CUQ, Édourd, *Recherches sur la possession...*, pg. 24.

aquele atribuído a título de propriedade, formando a maior parte do território das gentes e, mais tarde, a maior parte da riqueza dos patrícios²⁵².

Com a gradual desagregação do vínculo gentilício, o caráter de senhorio-soberania da *possessio* foi sempre desvanecendo. Sem sair do campo do direito público, transmutou-se num senhorio sobre a coisa de natureza económica.

Depois de minuciosamente rebater os argumentos levantados por Albertario contra a distinção entre *usus* e *possessio*²⁵³, Bozza chega às seguintes características diferenciais²⁵⁴:

- 1) A posse apenas é concebível para as coisas corpóreas e originariamente apenas para coisas imóveis, ao contrário, o *usus* é possível, desde as suas origens para as coisas móveis e para direitos.
- 2) O *usus* é instituto do *ius civile* e a *possessio* é instituto pretório (o único caso conhecido da sua época de origem, a posse sobre o *ager publicus*, não produz

²⁵² “(...) il *dominium* si può dire con Bonfante, era l’eccezione, la *possessio* la regola. Ma questa *possessio* non apparteneva al diritto privato: essa era la *possessio* dei patricizi sull’*ager publicus*.” - BOZZA, *Il possesso*, pg. 25.

²⁵³ BOZZA, *Il possesso*, pg. 29-38. ALVES (*Posse*, vol. I, ob. cit., pg. 19-20) resume do seguinte modo a posição de Albertario: “Observou ele que não se coadunavam com essa tese [da distinção entre *usus* e *possessio* no direito romano arcaico] a circunstância de que, nas leis republicanas, *uti* e *possidere* eram expressões utilizadas como sinónimos, e de que, em Gaio [G. II, 7], o imóvel provincial (*stipendiarius* ou *tribunarius*) tinha sua posse, ou por sobrevivência histórica ou por ser realidade viva, representada como *usus fructus*. Advertiu, por outro lado, que a distinção partia de uma premissa falsa: a de que a *possessio* significa senhoria, ao passo que o *usus* jamais tivera esse sentido, designando apenas o servir-se da coisa conforme sua natureza. Contra essa significação restrita de *usus*, bastava considerar que ele se aplicava para o poder que, de fato, tinha o marido sobre a mulher que desposara sem tê-la *conventa in manum* mediante a *confarreatio* ou a *coemptio*, poder de fato esse que, depois de um ano, se transformava na *manus* ou *potestas maritalis* (poder de direito) [G. I, 111]. Por isso mesmo, sustentou Albertario que *usus fructus possessio* eram expressões que designavam a posse até os fins da república, quando se separam passando a configurar institutos diversos: a palavra *possessio* é a única que persiste com o significado de posse; *usus* e *fructus* passam a indicar o gozo temporário da coisa, quer seja ele atribuído pelo direito (e se têm, então, os direitos reais de usufruto e de uso), quer seja ele de fato (o que sucede quando tais direitos são exercidos por quem deles não é titular). Mas, é interessante notar que, embora partindo de premissa diversas, a evolução do conceito de posse traçado por Albertario para o período pré-clássico se assemelha, no essencial, à descrita por Bozza, e isso porque Albertario reconhece que, embora o conceito de posse, desde as origens, seja um só (a princípio, senhoria de fato que traduz verdadeira soberania, e, depois, senhoria de fato entendida economicamente), assumia ele duas posturas diversas que acarretavam consequências diferentes: a *posse suscetível de revogação* e a *posse insusceptível de revogação*. Ora, essa distinção de posturas, ainda que juridicamente diversa da que Francesca Bozza estabelecia entre *usus* e *possessio*, levava praticamente, a resultados semelhantes aos a que ela chegara.” Vide ALBERTARIO, *Corso...*, pg. 37-74.

Na dogmática lusitana a posição de Albertario sobre a evolução do instituto no período pré-clássico encontra acolhimento em VIEIRA, *A posse*, pg. 76-77.

²⁵⁴ BOZZA, *Il possesso*, pg. 38-39.

efeitos no campo do *ius civile*, antes é um simples estado de facto que não releva no campo jurídico).

- 3) A posse tem proteção interdital e o *usus* não tem proteção jurídica.
- 4) A *possessio* não conduz a aquisição de direito²⁵⁵ (antes a exclusão) e o *usus* implica sempre a aquisição de um direito.

Tendo presente para posse o caso da *possessio* do *ager publicus* e para o *usus* o caso da *res Mancipi* transferida por simples *traditio*, constata-se que, por um lado: *possessio* é um senhorio de facto sobre o *ager publicus* que não deriva de ato jurídico, é revogável *ad nutum* pelo concedente e que não poderia converter-se em senhorio de direito. Por outro: *usus* é um meio de aquisição do domínio substituto do negócio jurídico necessário para este fim e que opera depois do direito ter sido de facto exercitado durante determinado tempo (por isso o *usus* não seria tutelado juridicamente).

A *possessio* arcaica era instituto de direito público tutelado pela *controversia de loco*²⁵⁶ e só posteriormente estendida aos imóveis privados (certamente depois da criação da pretura urbana no ano de 367 a. C.). A noção de *possessio* para o primeiro período do direito romano seria a seguinte: “una signoria di fatto, revocabile e senza limiti di tempo, su di un fondo, di cui il concedente ha la signoria di diritto, esercitata con l’animo di voler padroneggiare la cosa per sé e che in signoria giuridica non si muta mai.”²⁵⁷ Portanto, o *animus possidenti* já seria elemento fundamental na posse arcaica²⁵⁸, apenas encontrava-se

²⁵⁵ Segundo a autora a causa das célebres poses anómalas (do precarista, do credor pignoratício e do sequestrário) é evidente: “nell’epoca clássica la *possessio* non porti all’usucapione è fenomeno eccezionale; ciò che nell’epoca preclassica era la regola, nell’epoca classica diventa anomalia. I possessi del precarista, del creditore pignoratizio, del sequestrario sono in questa epoca specie serdute di un *genus* scomparso. Queste tre figure riproducono integralmente la struttura della *possessio* dell’*ager publicus* e possiamo concludere che esse furono le più antiche, anzi le originarie figure del possesso di diritto privato.” – BOZZA, *Il possesso*, pg. 76.

²⁵⁶ “E questo modo di difesa si addice mirabilmente alla natura della *possessio*. Finché essa fu signoria politica, è evidente che nessun mezzo di difesa era necessario ed ammissibile; ma allorché si mutò in signoria sulla cosa, un mezzo era necessario per dirimere le controversie tra confinanti. Dico fra confinanti e non fra il possessore e chiunque si sia impossessato o tenti impossessarsi dell’*ager*, perché, se si tien presente che le possessiones erano nelle mani dei patrizi, i quali avevano su di esse schiavi e più ancora cliente, si comprende facilmente come un impossessamento del fondo da parte di un terzo non potesse avvenire, ma come, invece, potessero essere frequenti, non essendovi confini determinati, infiltrazioni di confinanti.” – BOZZA, *Il possesso*, pg. 45.

²⁵⁷ BOZZA, *Il possesso*, pg. 76.

²⁵⁸ “Il parallelismo col diritto di proprietà che fa pensare o meglio supporre, un *animus* di signoreggiare indefinitamente nel tempo la cosa, non esiste per il concetto preclassico di *possessio*: è solo quando il possesso diventa il presupposto della usucapio, che l’*animus* assume questo atteggiamento. Ma da ciò non è da inferire una minorazione per l’intenzione signorile che affetta il possesso dell’epoca preclassica; alla idea del signoreggiare non è essenziale l’elemento della illimitatezza nel tempo.” – BOZZA, *Il possesso*, pg. 79.

obscurecido pelos elementos materiais (só viria a ser revelado pela análise laborada pelos juristas clássicos)²⁵⁹.

No processo evolutivo do instituto, as necessidades comerciais de uma cidade florescente fariam com que a jurisprudência e o pretor conduzissem a marcha no sentido da derrocada da exclusão da *usucapio* como característica da *possessio*²⁶⁰. Por outro lado, a introdução no interdito *uti possidentis* e *unde vi* da *exceptio vitiosae possessionis* marca o momento em que a *possessio* é completamente transformada e, dos elementos constitutivos originários, apenas restam os dois fundamentais: o elemento volitivo e o material. Com a admissão da posse violenta e clandestina a *possessio* já não pode se distinguir da detenção pela causa da relação jurídica (uma vez que inconcebível que o pretor admitisse tais causas), o elemento diferenciador passa então a ser o *animus possidenti*²⁶¹. O último passo é a concessão dos interditos possessórios ao proprietário, a partir deste momento passa a existir a tutela da posse acompanhada da propriedade²⁶². Deste modo, a noção clássica de *possessio* se exaure naqueles dois elementos que vão ser relevados pela jurisprudência do período.

β. 3 - A evolução da posse segundo Kaser

Segundo o renomado romanista alemão, a *possessio* possui duas raízes originariamente independentes. Destas resultam as duas formas mais importantes de *possessio* no Direito Romano Clássico (a *possessio* do *ius civile* e a *possessio* do *ius honorarium*)²⁶³.

²⁵⁹ BOZZA, *Il possesso*, pg. 79-80; ALVES, *Posse*, pg. 17.

²⁶⁰ “Os estrangeiros, ao adquirirem *res Mancipi* – especialmente escravos – por meio de compra e venda consensual, não se tornavam proprietários *ex iure Quiritium*, motivo por que o pretor peregrino lhes concedia, para a sua proteção, interditos. A mesma orientação foi adotada pelo pretor urbano em negócios jurídicos semelhantes celebrados entre cidadãos romanos. Dois fatos corroboram essas conjeturas: o vendedor romano se obriga, não a transferir a propriedade da coisa, mas a assegurar ao comprador seu gozo pacífico; e a criação do interdito *utrobi* para tutelar a posse do escravo, o que implica a extensão da *possessio* às coisas móveis. (...) A partir do momento em que o pretor urbano, na linha do pretor peregrino, concede interditos aos que, por adquirirem as *res Mancipi* mediante simples *traditio* (tradição), não se tornam proprietários dela, permanecendo o domínio com o transmitente, a *possessio* passa a conduzir ao usucapião.” – ALVES, *Posse*, pg. 18; ver também BOZZA, *Il possesso*, pg. 81-83.

²⁶¹ BOZZA, *Il possesso*, pg. 83; ALVES, *Posse*, pg. 18-19.

²⁶² “A questo punto la nozione del possesso è veramente mutata ed a questo fenomeno molto ha influito la trasformazione della *possessio* dell’*ager publicus* in *dominium*, operata come abbiamo visto, dalla legge agraria del 111 a.C., per cui la tipica *possessio*, la *possessio* revocabile, non conducente mai all’usucapione ed avente tutti gli altri caratteri che abbiamo stabiliti, perde il suo più vasto campo di applicazione.” – BOZZA, *Il possesso*, pg. 85.

²⁶³ KASER, *Eigentum...*, pg. 314-319; KASER, *Derecho...*, pg. 91, ALVES, *Posse*, pg. 20-21.

Usus, segundo o autor, seria o poder de facto, referir-se-ia às coisas singulares (desde que pertencentes ao comércio jurídico), heranças e pessoas livres (no caso da usucapião da *manus* da mulher casada), seria requisito necessário para a *usucapio* e determinaria a legitimidade passiva para a *reivindicatio*²⁶⁴. Esta posse-*usus* estaria na origem da *possessio civilis* clássica (qualificada pela *iusta causa* e conducente a *usucapio*).

Por outro lado, *possessio* (numa época primitiva) faria referência à terra onde alguém se encontra assentado. Com o paulatino dismantelamento das gentes, a terra passa a ser objeto de domínio estatal e de domínio privado (em favor do *paterfamilias*), em ambos casos subsistiria a *possessio*²⁶⁵. As concessões do *ager publicus* durante a República revestem duas formas: ou a terra já está cultivada e concessão implica o pagamento de um *vectigal* (caso do *ager vectigal*) ou a terra encontra-se inexplorada e a concessão dá-se gratuitamente (caso do *ager occupatoris*). Em ambos os casos o Estado teria a possibilidade de revogar a concessão e o *paterfamilias* recebia a *possessio*, protegida por interditos (“la naturaleza de esta posesión es la propia de un *precarium*”²⁶⁶). Além da posse sobre terrenos estatais, existiria outra que incidiria sobre imóveis privados, permitindo que os proprietários gozassem da proteção interdital e, no começo da república, a *possessio* estende-se às coisas móveis.

γ) A reação de Lauria

Contestando não só a contraposição entre *usus* e *possessio*, mas também a contraposição entre posse do *agri publici* e demais casos possessórios, Lauria avança com uma proposta de entendimento unitário do instituto uma vez que nem a terminologia nem a estrutura sufragam a bipartição.²⁶⁷

Terminologicamente a única menção arcaica é aquela ao *usus* na Lei das XII Tábuas que pressupõe a posse por certo tempo para fins de *usucapio*. No segundo século antes de

²⁶⁴ KASER, *Eigentum...*, pg. 316.

²⁶⁵ O que implica uma considerável distância entre a evolução descrita por Bozza no ponto anterior. Primeiramente, pela duplicidade de origens segundo Kaser (contraposta à origem única concebida por Bozza) e, secundariamente, porque na construção do A. que por hora nos ocupa haveria (apesar de Kaser reconhecer uma anterioridade da *possessio* sobre o *ager publicus*, o mesmo assume que este instituto foi desde cedo aplicado aos imóveis privados, vide KASER, *Eigentum...*, pg. 315) *possessio* acompanhada de *dominium* (enquanto, para a romanista italiana, a tutela da *possessio* do *dominus* seria já uma descaracterização da posse arcaica).

²⁶⁶ KASER, *Derecho...*, pg. 92.

²⁶⁷ Mario LAURIA, *Note sul possesso*, in *Studi in Onore di Siro Solazzi*, Napoli, Casa editrice Dott. Eugenio Jovene, 1948, pg. 780.

Cristo o término é usado promiscuamente para designar todas as formas de aproveitamento do *agri publici* (inclusive os provinciais) e toda a disponibilidade de bens imóveis e móveis privados.²⁶⁸

Estruturalmente a *possessio* do *ager publicus*²⁶⁹ também não parece implicar a dualidade do instituto. Segundo Lauria esta *possessio* não aparenta ser exclusiva dos *cives*²⁷⁰, nem a sua intransmissibilidade ou o facto de não conduzir à *usucapio* seriam suficientes para afirmar a natureza bifronte.

A *possessio* se concretiza e se reduz à disponibilidade de facto que exclui outro alguém e contrapõe-se à *potestas*.²⁷¹

Possessor é aquele que está livre da *potestas* (ou *mancipium*) e da *possessio* doutro alguém, consequentemente:²⁷²

- a) Não possui o *filiusfamilias* (D. 50,17, 93);
- b) Nem a *uxor in manu* ou a *persone in causa mancipii* (G. 3, 199);
- c) Também não possui o *capitivi* (D. 41, 2, 23, 1);
- d) Nem os *liberi in potestate*²⁷³;
- e) Não possui aquele que não pode dispor²⁷⁴.

²⁶⁸ LAURIA, *Note sul possesso*, pg. 780-781.

²⁶⁹ “É sommamente probabile che per essa sia stata creata la protezione interdittale, ma, di nuovo, questa non ne caratterizza la struttura, non influisce sulla funzione” – LAURIA, *Note sul possesso*, pg. 782.

²⁷⁰ “La necessità di una concessione e la limitazione della *possessio* ai soli *cives* si risolvono in modalità sue, ma restano estranee ed inoperanti sulla sua struttura, (...) lo scetticismo circa quei requisiti è fortemente sorretto da almeno due considerazioni. La prima, logica, anzi perfino banale, la quale ammonisce che gli inconvenienti di tumultarie immissioni in possesso non sono argomenti per escludere la possibilità e per negare la *possessio* di chi abbia occupato senza concessione. La seconda, storica, è nella constatazione che nel campo del diritto pubblico gli *hostes*, in quello del diritto privato i *fures* ed i *praedones* sono considerati possessori di quel che hanno preso (e non abbiamo motivo per supporre diversa la concezione arcaica); questa constatazione contrasta con la prestesa limitazione del possesso degli *agri publici* ai soli *cives*. Infine l’ammissibilità generale del possesso dei *peregrini* nell’ultimo secolo della repubblica non depone a favore di una sua originaria limitazione ai *cives*.” – LAURIA, *Note sul possesso*, pg. 782.

²⁷¹ LAURIA, *Note sul possesso*, pg. 782-783. Nas palavras de ALVES, *Posse*, pg. 21: “As posses arcaicas são disponibilidades conscientes da coisa ou de pessoa sobre a qual não se tem *potestas* ou *mancipium* (senhorias de direito), razão por que todas as posses, típicas, antigas e recentes, são posses sobre coisa alheia.”

²⁷² LAURIA, *Note sul possesso*, pg. 783-788.

²⁷³ O *furiosus* era incapaz de adquirir a posse (D. 41, 2, 1, 3, -9, -10 e D. 41, 3, 28), mas a loucura não era obstáculo à conservação (D. 41, 2, 27 e D. 41, 3, 31, 3 e 4), sendo concedida a faculdade de usucapir (D. 41, 3, 4, 3 e D. 41, 3, 44, 6) e o interdito *uti posseditis* (41, 3, 31, 4).

Provavelmente não possuía o *prodigus* depois da *interdictio* pronunciada pela pretor (D. 27, 10, 10 pr.).

Os *infantes* não adquiriam a *possessio*, comprova-o o expediente dos juristas clássicas de concederem-na por meio de escravo possuído, não por este, mas pelo tutor (sobre este argumento *vide BONFANTE, Corso...*, vol. III, pg. 255-256). E, apesar dos impúberes *infantia maior* adquirirem a posse segundo alguns fragmentos, Lauria exclui a possibilidade originária desta aquisição (*vide Note sul possesso*, pg. 786-788).

²⁷⁴ Portanto, segundo Lauria, restam afastadas tanto a posse dos munícipes «*municipes per se nihil possidere possunt*» (apesar da sequência do fragmento insinuar que a impossibilidade se deve à impossibilidade de

Resumidamente, possui aquele que não seja *alieni iuris*, nem seja possuído por outrem.

Outra série de casos demonstra que aquele que possui um escravo sujeito a *potestas* doutrem adquire através dele, excluindo quem tenha a *potestas*²⁷⁵:

- a) O *dominus ex iure Quiritium* não possui o escravo que outro tem *in bonis* nem adquire através dele (G. 2, 88);
- b) O *dominus* não possui através do escravo fugitivo (D. 41, 1, 54, 4 e D. 41, 2, 1, 14), nem pelo escravo possuído por outrem de boa ou má fé (D. 41, 2, 1, 6);
- c) Segundo os *veteres* o herdeiro não possui *per servum hereditarium* (D. 29, 2, 43; D. 41, 1, 18 e D. 41, 2, 1, 16).

Da análise destes casos Lauria retira que a posse arcaica é a disponibilidade consciente de quem não é possuído por outrem sob uma coisa ou pessoa sobre a qual não se tem *potestas* ou *mancipium*²⁷⁶.

Enfatizando a importância da consciência releva o D. 41, 2, 3, 3:

«...Ceterum quod Brutus et Manilius putant eum, qui fundum longa possessione cepit, etiam Thensaurum cepisse, quamvis nesciat in fundo esse, non est verum: is enim qui nescit non possidet Thensaurum, quamvis fundum possideat.»²⁷⁷

A conceção da *possessio* como disponibilidade de facto harmoniza-se perfeitamente com diversas regras e princípios, como²⁷⁸:

consentir «*quia uni consentire non possunt*» – D. 41, 2, 1, 22), quanto aquela posse que incide sobre homem livre (D. 41, 1, 54, 4 e D. 41, 2, 23, 2)

²⁷⁵ LAURIA, *Note sul possesso*, pg. 789-790.

²⁷⁶ «Secondo i mores, il possesso è disponibilità in atto chi, *sui iuris*, non è posseduto da altri.»

“I possessi arcaici sono disponibilità cosciente di cosa o persona su cui non si ha *potestas* o *mancipium*” – Ambas em LAURIA, *Note sul possesso*, pg. 790.

²⁷⁷ «De resto o que pensam Brutus e Manilus, que aquele que adquiriu um fundo por longa posse adquiriu também o tesouro mesmo sem ciência que ele se encontrava no fundo, não é verdade: porque aquele que não sabe não possui o tesouro enquanto possui o fundo, porém, mesmo que saiba, não iria adquirir por longa posse, pois sabe ser doutro.»

Consequência natural desta exigência é a impossibilidade de possuir partes incertas (D. 41, 2, 3, 2) e exceção são os casos em que se possui por meio de escravo ou de *filiusfamilias* ainda que com ignorância (D. 41, 2, 1, 5 e D. 41, 2, 3, 12).

²⁷⁸ Em LAURIA, *Note sul possesso*, pg. 792.

- a) sua limitação aos *corpora* («*Possideri autem possunt, quae sunt corporalia*» – D. 41, 2, 3 pr.);
- b) a impossibilidade de interrompê-la com ato jurídico;
- c) a impossibilidade de as pessoas jurídicas possuírem (D. 41, 2, 1, 22);
- d) a maioria dos juristas considerou como possuidor o cônjuge que recebe a coisa em desrespeito a proibição da *Lex Iulia* (D. 41, 2, 1, 4);
- e) o possuidor exerce seu poder de fato fora de qualquer qualificação jurídica.

A doutrina do *animus*, “inovação devida, no período clássico, aos Proculianos²⁷⁹, que lhe realçaram, sob ângulo novo, aspeto antigo e implícito, que, dessa forma se enxertou, com esforço, na velha estrutura possessória a ela não se ajustando suficientemente, e criando, assim, contradições e discordâncias. Por isso, a limitação da qualificação de possuidor a quem dispõe para si entra em choque com diversos casos que eram de posse a época republicana, alguns dos quais – como o do precarista, do *sequester*, e do credor pignoratício – persistem, como tais, no período clássico. E foram os juristas imperiais que, acolhendo a concepção antiga de possuidor, a reelaboraram, modelando-a pela usucapião, o que determinou que se excluíssem dela situações recentes – como a do inquilino, a do depositário, a do *procurator* –, em que, à semelhança da do precarista, do *sequester*, e credor pignoratício, se dispunha da coisa, sem a possibilidade de usucapir.”²⁸⁰

A atração da doutrina da *possessio* à da *usucapio* corporiza-se em D. 41, 2, 3, 21:

«*Genera possessionum tot sunt, quot et causae acquirendi eius quod nostrum non sit*»²⁸¹

δ) Síntese

Das teorias expostas Moreira Alves²⁸² retira dois pontos comuns que podem seguir de alicerces seguros para o desenvolvimento do estudo possessório no período pré-clássico:

²⁷⁹ Ver BONFANTE, *Corso...*, vol. III, pg. 176.

²⁸⁰ ALVES, *Posse*, pg. 22, vide também LAURIA, *Note sul possesso*, pg. 792-795.

²⁸¹ «Os géneros de posse são tantos quanto as causas de adquirir aquilo que não é nosso». Vide LAURIA, *Note sul possesso*, pg. 796.

²⁸² ALVES, *Posse*, pg. 22 e 23.

- 1) a distinção entre senhorio de facto (*possessio*) e senhorio de direito (*mancipium, potestas, dominium*);
- 2) a confusão entre posse e detenção.²⁸³

Da primeira conclusão resulta a noção de *possessio*.

3. Noção

“Na época clássica, a *possessio* foi considerada um poder de disposição, de facto, de uma *res* que o possuidor exercia com intenção de lhe pertencer exclusivamente.”²⁸⁴

“A posse é o poder de fato, protegido juridicamente, que se exerce sobre uma coisa.”²⁸⁵

“*Possessio* es la señoría o dominación de hecho sobre una cosa.”²⁸⁶

Todas as noções apresentadas²⁸⁷ acima compartilham o entendimento da *possessio* enquanto uma relação de facto que produz efeitos jurídicos. Esta situação de facto (independentemente da sua origem) apresenta-se no direito romano clássico pela confluência de dois elementos: o *corpus* e o *animus*²⁸⁸.

²⁸³ Prova disto seria a crítica de Paulus a Q. Mucius em D. 41, 2, 3, 23; e o primeiro jurista a distinguir entre os dois institutos teria sido Pegasus (D. 6, 1, 9).

²⁸⁴ JUSTO, *Direito...*, vol. III, pg. 148. Esta definição é muito próxima daquela que adota VOLTERRA (*Istituzioni...*, pg. 389): “*Possessio* in diritto classico indica la disponibilità di fatto di una cosa, lo stato di signoria sua di essa (independentemente dall’esserne o meno proprietario) con l’intenzione di averla, di tenerla per se con esclusione di altri.”

²⁸⁵ ALVES, *Direito...*, pg. 273.

²⁸⁶ IGLESIAS, *Derecho...*, 207.

²⁸⁷ Cfr. Ainda D’ORS, *Derecho...*, pg. 206; KASER, *Derecho...*, pg. 90; BUJÁN, *Derecho...*, pg. 269; BOZZA, *Il possesso*, pg. 170; TALAMANCA, *Istituzioni...*, pg. 484-485.

²⁸⁸ Muitas vezes apresentados como os dois elementos necessários para o início da posse (SAVIGNY, *Tratado de la posesión*, pg. 135-210 e a famosa crítica de Rudolf von JHERING, *Sobre o fundamento da protecção possessória*, tradução de José A. R. L. González, Lisboa Universidade Lusitana Editora, 2007, pg. 123-132; BONFANTE, *Corso...*, vol. III, pg. ; KASER, *Derecho...*, pg. 95; SCHULZ, *Classical...*, pg. 435; IGLESIAS, *Derecho...*, pg. 212-213; ALVES, *Posse*, pg. 48-56).

Nas fontes: P. S. 5, 2, 1; G. 4, 153 («*nec ulla...*»); D. 41, 2, 3, 1.

Havia, contudo, a possibilidade de se conservar a posse *solo animo*, cfr. G. 4, 153 («*quin etiam ...*»); D. 41, 2, 1, 14; D. 41, 2, 3, 11; D. 41, 2, 6, 1; D. 41, 2, 46; vide Giovanni ROTONDI, *Possessio quae animo retinetur*, in *Bullettino dell’Istituto di Diritto Romano – studi in memoria di Giovanni Rotondi*, ano XXX, Roma, 1921, pg. 20-26.

4. Elementos

a) *Corpus*

Nas fontes o termo *corpus*, em ablativo, pode referir tanto o corpo possuidor²⁸⁹ como do seu representante²⁹⁰; a expressão *traditio corporis* designa o objeto da posse em D. 41, 2, 51; a locução *possessio corporalis* é antítese de *possessio iuris*²⁹¹ (a primeira a designar a posse de coisa corpóreas e a segunda a posse de direitos²⁹²) e, numa constituição imperial de Constantino, *corpus* indica o elemento material da posse²⁹³⁻²⁹⁴. Salvo este último caso, podemos acompanhar Bonfante e afirmar que os romanos falavam de *possessio corpore*, mas não do *corpus* elemento da posse²⁹⁵. Portanto, as conclusões que se chegam sobre a definição deste elemento terão de ser fundadas na concludência das teorias quando contrapostas à validade expressa nas fontes, sem que se busque nestas uma resposta ao problema, mas mobilizando-as para sujeitar as referidas formulações doutrinárias ao escrutínio daquilo que nos chega da história.

Até o final do séc. XIX existiam quatro teorias conflitantes quanto ao *corpus*:

- a) a teoria dos glosadores, que compreendiam o *corpus* como o contacto material com a coisa ou simples atos simbólicos representativos deste contato;²⁹⁶

²⁸⁹ D. 41, 2, 1, 21; -41, 2, 3, 1; -41, 2, 8; -50, 17, 153; P. S. V, 2, 1.

²⁹⁰ D. 41, 2, 3, 12; -41, 2, 47.

²⁹¹ D. 43, 26, 2, 3.

²⁹² Fenómeno decorrente da extensão e flexibilização do conceito de *possessio* clássico. Como afirma Bonfante devemos excluir a posse de direitos para o período clássico e admiti-la com limitações e reservas no direito justiniano; cfr. BONFANTE, *Corso...*, vol. III, pg. 187; BOZZA, *Il possesso*, pg. 185; VOLTERRA, *Istituzioni...*, pg. 395; TALAMANCA, *Istituzioni...*, pg. 490-491; JUSTO, *Direito...*, vol. III, pg. 157; ALVES, *Posse*, pg. 37, nota 77 e pg. 45; ALVES, *Direito romano*, pg. 281; VIEIRA, *A posse*, pg. 40; SCHULZ, *Classical...*, pg. 429; IGLESIAS, *Derecho...*, pg. 218.

Nas fontes:

D. 41, 2, 3 pr. – «*Possideri autem possunt, quae sunt corporalia.*»

D. 41, 3, 4, 26 – «*... nec possideri intellegitur ius incorporale...*»

Sobre a posse de direitos ver ainda a obra de Enrico FINZI, *Il possesso dei diritti*, Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 1968.

²⁹³ C. 7, 32, 10; a Constituição é assaz reveladora da imprecisão pós-clássica, na medida que, em dois períodos parece classificar a posse como um direito: «*Nemo ambigit possessionis duplicem esse rationem, aliam quae iure consistit, aliam quae corpore...*» e «*... tamen ex interposita contestatione et causa in iudicium deducta super iure possessionis vacillet ac dubitet.*»

²⁹⁴ Estas possíveis utilizações do termo *corpus* retiramos de José Carlos de Matos PEIXOTO, *José Carlos de, Corpus e animus na posse em direito romano*, Rio de Janeiro, Tipografia do Jornal do Comércio, 1936, pg. 123-124.

²⁹⁵ BONFANTE, *Corso...*, vol. III, pg.139.

²⁹⁶ Cfr. PEIXOTO, *Corpus e animus...*, pg. 21-45; ALVES, *A posse*, pg. 144-164 (glosadores), 164-172 (pós-glosadores) e 187-188 (a fidelidade dos juristas alemães e italianos ao *mos italicus*).

- b) a teoria de Savigny, na qual *corpus* seria “a possibilidade real e imediata de dispor fisicamente da coisa²⁹⁷, e defendê-la contra agressões de terceiros²⁹⁸”²⁹⁹;
- c) a teoria de Jhering, para quem “o *corpus* é a relação de facto entre a pessoa e a coisa, de acordo com sua destinação económica³⁰⁰, é o procedimento do possuidor, com referência à coisa possuída, igual ao que teria normalmente o titular do direito do domínio”³⁰¹;
- d) e, no final do século (1893-1894), Saleilles apresenta a sua «teoria da apropriação económica»³⁰², onde o *corpus* possessório é compreendido como o conjunto de factos suscetíveis de revelar uma relação duradoura de apropriação económica entre o sujeito e a coisa³⁰³.

Atualmente, deve-se ao Bonfante a melhor formulação da *possessio corpore*³⁰⁴. O *corpus* possessório é um facto físico no sentido que convém, para se estabelecer sua existência, nos prendermos à verificação de elementos físicos, contudo, este é um facto que emerge na sociedade humana. Portanto, o momento a ter em consideração não pode ser sujeito apenas à lógica da factualidade natural, antes deve-se prender a valorização social daqueles elementos naturalísticos. Assim como o *animus possidendi* depende da psicologia

²⁹⁷ “la posibilidad de ejercer una influencia conforme a nuestra voluntad sobre la cosa, debe mostrarse inmediata, presente, en la persona del que quiere adquirir la posesión” – SAVIGNY, *Tratado de la posesión*, pg. 158.

²⁹⁸ “Toda posesión encuentra su garantía y su protección en los interdictos” – SAVIGNY, *Tratado de la posesión*, pg. 238.

²⁹⁹ ALVES, *Direito...*, pg. 275. Cfr. PEIXOTO, *Corpus e animus...*, pg. 47-75; ALVES, *Posse*, pg. 212; VIEIRA, *A posse*, pg. 320.

³⁰⁰ “A questão de saber se se deve admitir certa posse resolve-se simplesmente de acordo com a maneira como usualmente o proprietário trata das coisas da espécie em causa” – JHERING, *Sobre o fundamento da protecção possessória*, pg. 140.

³⁰¹ ALVES, *Posse*, pg. 223. Ver ainda PEIXOTO, *Corpus e animus...*, pg. 77-106.

³⁰² Teoria que apenas trataremos no desenvolvimento sobre o *corpus* possessório, pois, como observa Moreira ALVES (*Posse*, pg. 239), em estudos que seguiram o “Étude sur les éléments constitutifs de la possession”, Saleilles “deixou de exigir para a posse qualquer elemento intencional, aderindo, assim, neste particular à teoria objetiva.”

³⁰³ “Je conclus donc que ce qui constitue le corpus possessoire, c'est un ensemble de faits qui soient de nature à révéler entre celui auquel ils se rapportent et la chose qu'ils ont pour objet, un rapport durable d'appropriation économique, un rapport d'exploitation de la chose au service de l'individu.” – SALEILLES, *Raymond, Étude sur les éléments constitutifs de la possession*, Dijon, Imprimerie Darantiere, 1894, pg. 99. Cfr. ALVES, *A posse*, pg. 236; PEIXOTO, *Corpus e animus...*, pg. 107-121. Este último A. (pg. 119) diferencia do seguinte modo as duas últimas posições apresentadas:

“Pela teoria do vínculo de exploração económica (denominação dada à doutrina de IHERING), todo detentor é possuidor, salvo exceção legal.

Pela teoria da relação de apropriação económica, é possuidor, na ordem dos factos, todo aquele que desfruta da coisa de modo independente.”

³⁰⁴ Neste sentido ALVES, *Posse*, pg. 50 e PEIXOTO, *Corpus e animus...*, pg. 143-163.

do possuidor, a *possessio corpore* depende, num certo sentido, da psicologia social³⁰⁵. Chegamos, deste modo, a seguinte noção «qualquer relação de facto que na economia e na consciência social permite agir quando se queira sobre a coisa com exclusão de outrem»³⁰⁶.

Se lembrarmos que o único ponto de partida pacífico para o estudo possessório é o paralelismo com entre *possessio* e *dominium*, não espantará que a relação de facto que exterioriza a posse na consciência social sirva, na maior parte dos casos, à mesma carapuça que a exteriorização da propriedade. Como resulta de C. 7, 32, 2 pr.:

«...cum ipse proponas diu te in possessione fuisse omniaque ut dominum gessisse»³⁰⁷

Mas não sempre. Por esta sutileza a formulação de Bonfante é incontestavelmente mais ajustada do que aquela de Jhering, basta pensar nos casos do *sequester* e do credor pignoratício, para ilustrar casos em que existe *possessio corpore*, porém o *possessor* não utiliza a coisa «de acordo com sua destinação económica» e, muito menos, como proprietário.³⁰⁸

³⁰⁵ BONFANTE, *Corso...*, vol. III, pg. 224.

³⁰⁶ Na tradução de ALVES, *Posse*, pg. 50. No original “quella qualunque relazione di fatto che nell’economia e nella coscienza sociale permette di agire quando si voglia sulla cosa ad esclusione di ogni altro.” Como explica o mestre: “Questa definizione introduce nella nozione della *possessio corpore* un elemento variabile da popolo a popolo, da epoca a epoca; ma mentre la ricerca di un concetto assoluto urta contro l’irriducibile divergenza della coscienza economica nei vari momenti storici, si smarrisce nella contraddizione delle fonti, stesse, emananti da epoche diverse, il nostro concetto ci permette di indirizzarci nella ricerca, stabilir le fasi della evoluzione economica e spirituale, e fissare in modo plausibile i risultati ultimi della legislazione giustiniana.” – BONFANTE, *Corso...*, vol. III, pg. 225 (ambas citações).

³⁰⁷ «... como propões estar em posse por longo tempo e ter gerido como dono.»

³⁰⁸ E, no que toca à «teoria da apropriação económica», basta questionarmos: qual o aproveitamento económico do *sequester*?

β) *Animus*

As «teorias ortodoxas»³⁰⁹ sobre o *animus* possessório podem ser organizadas em cinco grupos:

- a) segundo a teoria do *animus domini*³¹⁰, na formulação que lhe foi dada por Savigny, o *animus* diferenciador da *possessio* e da *detentio* seria a intenção de exercer o direito de propriedade³¹¹;

³⁰⁹ Aquelas direcionadas à “ricostruzione ordinante savigniana del possesso come situazione di fatto modellata dall'elemento materiale del *corpus* e dall'elemento spirituale dell'*animus*” – A. MANTELLO, *Tematiche possessorie e ideologie romanistiche nell'Ottocento italiano*, in *Recordationes – riflessioni ottocentesche in materia possessoria*, in *Supplementum a SDHI* 66, 200, pg. 128 apud Paolo FERRETTI, *Animo possidere, studi su animus e possessio nel pensiero giurisprudenziale classico*, Trieste-Ferrara, G. Giappichelli Editore, 2017, pg. 2.

³¹⁰ Curiosamente a teoria aparenta ter duas origens distintas e convergentes. Por um lado (e apesar da expressão *animus domini* não se encontrar nas fontes romanas), na Paráfrase de Theofilus aparece uma expressão semelhante «ψυχὴ δεσπόζοντος». Por outro lado (e como consequência da paráfrase não ser conhecida no Ocidente), Placentino, partindo do exame das fontes, distinguia entre *possessio naturalis* (detenção), *possessio civilis* (posse sem *corpus*) e *possessio civilis et naturalis* (onde se associavam as duas precedentes). Somente as duas últimas seriam verdadeiras *possessiones* e seriam caracterizadas pelo *animus possidendi pro suo* (a vontade de possuir a coisa como própria), correspondida substancialmente ao *animus domini* apesar desta última expressão nunca ter sido empregue por Placentino. A convergência operar-se-ia somente no séc. XVI pela disseminação da paráfrase no Ocidente. Entre nós a doutrina foi acolhida por Manuel Alvarez PEGAS, *Tractatus de competentis inter archiepiscopos, episcopos, [sic] et Nuntium Apostolicum cum potestate legati á latere & de eorum potestat*, Ulyssipone Occidentali, ex Typographia Antonii Pedrozo Galram, 1728, parte II, cap. 98, § IV, pg. 254-255 – «Cum possidere sit sibi rem habere vel cum animo sibi possidendi retinere, nulla enim potest esse possessio, quae non plurimi facti habeat» e «Non respiciunt ergo praefata iura ad veram aliquam possessionem, qua omnino carent praedictae personae, cum NON SIBI SED ALIIS POSSIDEANT, et ille possidere dicitur cuius nomine possidet», ou seja, o *animus sibi possidendi* seria a intenção de exercer o direito de propriedade, só assim se explica a ausência deste ânimo naqueles que possuem em nome doutrem – ; e por José Paschoal de Mello FREIRE, *Institutiones Iuris Civilis Lusitani – cum plubici tum privati, liber III – de iure rerum*, ex Typographia academico-regia, Conimbricae, 1828, tit. II, § VIII, pg. 16-17, em nota – «naturalis possessio dicitur nude et physica rei detentio absque animo sibi habendi; civilis, seu juridica detentio cum animo sibi habendi», apesar do A. empregar a expressão *animus sibi habendi* verifica-se que ela tem o mesmo significado que o *animus domini* uma vez que não está presente nos meros detentores. Seguimos PEIXOTO, *Corpus e animus...*, pg. 165-181.

³¹¹ Entretanto, havia casos de posse sem o *animus domini* nos casos de posse derivada, estes seriam exceções *utilitatis causa*, cfr. SAVIGNY, *Tratado de la posesión*, pg.163; BONFANTE, *Corso...*, vol. III, pg. 133; PEIXOTO, *Corpus e animus...*, pg. 182-183; ALVES, *Posse*, pg. 212; JUSTO, *Direito...*, vol. III, pg. 148; VIEIRA, *A posse*, pg. 320-322.

- b) segundo a teoria do *animus sibi habendi*³¹², o que seria verdadeiramente caracterizador da posse seria o *sibi possidere*, isto é, «a vontade de possuir a coisa para si»³¹³;
- c) a teoria do *animus dominantis*, por sua vez, caracteriza o *animus* possessório como «a vontade de exercer dominação sobre a coisa»³¹⁴;

³¹² Originalmente formulada por Azo e acolhida pela Glosa em detrimento da suprarreferida teoria de Placentino. PEIXOTO (*Corpus e animus...*, pg. 190-191) distingue do seguinte modo as duas teorias:

“Placentino exige no possuidor a vontade de possuir *pro suo*, que na realidade não é outra coisa senão o *animus domini*. Azo exige apenas a vontade de exercer a posse para si (*sibi possidere*). Enquanto, segundo Placentino, é a vontade que guia a lei; segundo Azo, a vontade é indiferente e somente a lei pode distinguir entre possuidores e detentores. Ela intervém ora para elevar a detenção à posse, ora para pôr um obstáculo à existência desta última.

Com efeito, Azo definiu a posse: «*Est autem possessio corporalis rei detentio corpore et animo, item IURIS ADMINICULO CONCURRENTE*».

Explicando este último requisito, dizia Azo: «*Item ideo ponitur in definitione DE ADMINICULO IURIS: quia si adminiculum obviet vel non adsit, non dicitur quis possidere, licet corpore et animo insistat rei*»”.

Sobre o desenvolvimento da teoria do *animus dominantis* vide PEIXOTO, *Corpus e animus...*, pg. 191-204; BONFANTE, *Corso...*, vol. III, pg. 134-135 (apenas para o desenvolvimento posterior à Savigny).

³¹³ PEIXOTO, *Corpus e animus...*, pg. 189. Observe que esta teoria empenha-se em encontrar uma noção de *animus* enquanto elemento possessório comum a todos os casos, escusando de recorrer a uma categoria complementar denominada «anômala». Sendo a vontade de possuir a coisa para si que caracteriza a posse, os casos do credor pignoratício, do precarista, do *sequester*, assim como os casos justinianeus (do enfiteuta, do superficiário e do usufrutuário), podem todos ser reconduzidos ao mesmo conceito de *animus*. Algum destaque obteve o conceito de *animus possidenti* formulado por Vittorio SCIALOJA (*Il possesso del precarista, em Per l’VIII centenario della Università di Bologna – studi giuridici e storici, Roma, L. Pasqualucci Editore, 1888, pg. 223-240*), na conceção do romanista: “Non senza ragione dunque la giurisprudenza romana non designa mai l’animo necessario per possedere altrimenti che con le parole *affectus* o *animus possidenti*: il concetto che esse debbono esprimere è semplice e irridutibile; si può tradurre coltante con «animo di stare in diretto independente rapporto con la cosa», e si può determinare solo negativamente dichiarando che a tale animo si contrappone quello di stare in un rapporto diretto con una persona, alla quale il rapporto con la cosa si attribuisca.”

Contra esta teoria, BONFANTE (*Corso...*, vol. III, pg. 135) formulou a seguinte objeção: “(...) è certo che se si attenua l’animo possidenti, diviene impossibile negare un tale *animus* a parecchi detentori: e nella stessa teoria più fine Scialoja diviene impossibile negarlo all’usufruttuario. Ed è una vana sottigliezza il voler tentare di escludere l’usufruttuario dalla nozione dell’*animus possidenti* qual è fomrulata dallo Scialoja, almeno finchè si ritenga che l’usufruttuario ha un *ius in re*: poichè qualunque titolare di un *ius in re* ha precisamente l’animo di stare in diretto, immediato rapporto con la cosa, non dipendente dal perdurare del rapporto obbligatorio con altri subbietti: anzi quanto all’ambito della difesa possessoria, come direme in seguito, la teoria dello Scialoja coglierebbe per lo meno il punto di vista giustiniano, precisamente non preoccupandosi, come fa lo Scialoja, di escludere l’usufruttuario, perchè Giustiniano vuole accordata la piena difesa possessoria ache all’usufruttuario.” No mesmo sentido PEIXOTO, *Corpus e animus...*, pg. 204.

³¹⁴ Expressão de PEIXOTO, *Corpus e animus...*, pg. 206. Esta doutrina surge, como a teoria do *animus domini*, da tradução da «*ψυχὴ δεσπόζοντος*» contida na Paráfrase (“Ora, si dice, la *ψυχὴ δεσπόζοντος* non è nè l’*animus domini*, nè l’*animus possidenti* o *possidentis*, bensì l’*animus dominantis*” – BONFANTE, *Corso...*, vol. III, pg. 149). Noutra faceta, a teoria em apreço revela (assim com a teoria do *animus sibi habendi*) um esforço para encontrar um conceito de *animus* que abranja todos os casos de posse. Congregando ilustres juristas como Bartels, Schmidt, Lenz, Boeking, Schreul, Dernburg e Windscheid (sobre a teoria destes A. PEIXOTO, *Corpus e animus...*, pg. 206-210), optamos por focarmo-nos naquela elaborada por Pietro Bonfante dada a proximidade com que temos acompanhado o pensamento do mestre.

Segundo BONFANTE (*Corso...*, vol. III, pg. 147-148.): “La terminologia delle nostre fonti è varia nelle forme, ma unica nel pensiero; *animus possidenti*, *possidentis*, *possessoris*, *affectio possidenti*, *propositum possidenti*, *animus possessionem adipiscendi* o *retinendi*, *velle possidere*, *nolle possidere*. È da

- d) a teoria causal elaborada por Jhering, partindo do paralelismo entre posse e propriedade³¹⁵, compreende o *animus possidendi* como *animus domini*. Contudo, este *animus domini* difere daquele da teoria subjetiva de Savigny, sendo considerado uma vontade abstrata ou típica que o possuidor deve ter segundo a *causa possessionis*³¹⁶;
- e) a teoria objetiva, também fruto do trabalho de Rudolf Von Jhering, compreende o *animus* como um elemento incindível do *corpus*³¹⁷ (daí a famosa expressão “o *corpus* e o *animus* estão entre eles como a palavra está para o pensamento”³¹⁸) e indiferente na posse e na detenção³¹⁹ (em ambos os casos seria apenas uma *affectio tenendi*). É apenas por motivos práticos que o direito retira os efeitos jurídicos dos casos de detenção, aqui reside a explicação do elemento negativo na sua fórmula³²⁰.

escludere la forma *affectio tenendi* che si ha nella L. I § 3 D. h. t. 41, 2. L’*affectio tenendi* è un *minimum*, che è bem lungi dall’esaurire l’*animus possidendi*.

(...) l’*animus* dell possessore è un’intenzione di padroneggiare, di signoreggiare la cosa, ma il possessore pensa tanto poco di referirsi alla proprietà, quanto poco reputa bene spesso di aver acquistato il diritto di proprietà.” Cfr. BONFANTE, *Il punto di partenza...*, pg. 531-532; PEIXOTO, *Corpus e animus...*, pg. 210-211; FERRETTI, *Animo possidere*, pg. 5-6.

³¹⁵ Rudolf Von JHERING, *Fondement des interdits possessoires (critique de la théorie de Savigny)*, in *Études Complémentaires de l’esprit du droit romain – vol. II, tradução de O. de Meulenaere, 2ª ed., Paris, Aîné A. Maresq Éditeur, 1882, pg. 42-66.*

³¹⁶ PEIXOTO, *Corpus e animus...*, pg. 213-214; ALVES, *Posse*, pg. 225-226. A conclusão de que é o direito que concede a posse resulta da análise de uma série de casos em que há *animus* e, por motivos vários, o direito não reconhece a posse (JHERING, *Fondement...*, pg. 36-37).

A teoria da causalidade é acolhida de forma particular por Dernburg, uma vez que para o pandectista “quando taluno eserciti di fatto il potere reale sulla cosa, deve ammettersi, che egli abbia la volontà del possesso per sè.” Contudo, a controvérsia “se siasi possessore o semplice detentore, allora deve rimontarsi al fondamento dell’acquisto del possesso, alla sua causa.” – ambas as citações em DERNBURG, *Pandette*, pg. 35; ver também PEIXOTO, *Corpus e animus...*, pg. 215-216.

Também a seguem SALEILLES, *Étude sur les éléments constitutifs de la possession*, pg. 185-186; Joseph DUQUESNE, *Distinction de la possession et de la détention en droit romain – son fondement historique et son criterium*, Paris, Arthur Rousseau Éditeur, 1898, pg. 245; PEIXOTO, *Corpus e animus...*, pg. 252-254.

³¹⁷ Essa conceção não era nova e já vinha dos trabalhos de Kierulf, Lenz e Liebe; cfr. ALVES, *Posse*, pg. 228-229, nota 725.

³¹⁸ “Le corpus et l’animus sont entre eux comme la parole et la pensée” – JHERING, *Du rôle...*, pg. 31.

³¹⁹ “La division en possession et détention ne provient pas de la volonté de posséder . Celle-ci n’a absolument rien à y voir, car elle est exactement la même chez le détenteur et chez le possesseur. Le corpus et l’animus existent chez l’un comme chez l’autre, et si le premier a, non la possession, mais la simple détention, la théorie objective en trouve la cause dans ce fait que, mû par des motifs pratiques, le droit a, dans certains rapports, enlevé les effets de la possession au cours cependant parfaitement réalisé, de toutes les conditions légales de cette dernière .” – JHERING, *Du rôle...*, pg.45

³²⁰ Apresentamos com as letras empregadas por PEIXOTO, *Corpus e animus...*, pg. 223; para facilitar a compreensão (assim como ALVES, *Posse*, pg. 229-230):

$$P = C + A$$

$$D = C + A - n$$

Apesar de hoje já não serem sustentáveis as teorias de Savigny e de Jhering³²¹, é preciso ao menos atribuir-lhes o mérito de manter o debate vivo, o que permitiu o desenvolvimento doutras teorias (ainda minoritárias) que questionam a dualidade constitutiva (*corpus* e *animus*) da posse. Estas teorias podem ser globalmente designadas por «teorias heterodoxas»³²².

Todavia, antes de avançarmos convém retermos observações críticas levantadas por Perozzi. Refletindo sobre o *corpus* e *animus* observa que se trata de “una terminologia sbagliata in sé, e più perchè fa credere che lo stato di possesso risulti di codesti elementi”³²³; isto porquê “il possesso è per ciò stesso un «stato», ossia un rapporto permanente, capace di durare indefinitamente finchè non soppravvengano circostanze atte a farlo cessare. Esso si acquista e si perde; tra i due momenti sussiste, senza che oorra alla sua conservazione alcuna attività fisica o psichica di chi lo acquistò.”³²⁴

Ocupemo-nos das teorias heterodoxas propriamente ditas:

- a) Deve-se atribuir a Bruno Fabi o mérito de assinalar a novo rumo para a historiografia jus-romanística³²⁵. O autor se propõe a reconstruir o valor linguístico do vocábulo «*possessio*»³²⁶, neste sentido defende Fabi que a relação substantiva que recebe o

Onde «P» é posse, «D» detenção, «C» *corpus*, «A» *affectio tenendi* e «n» disposição jurídica que reduz a posse à detenção.

A teoria subjetiva de Savigny pode ser representada por:

$$\begin{aligned} P &= C + A + a \\ D &= C + A \end{aligned}$$

Onde «a» significa a vontade qualificada que diferencia a posse da detenção (*animus domini* na formulação savigniana). Ver JHERING, *Du rôle...*, pg. 45-46.

³²¹ Essencialmente porquê tentam compreender o instituto da *possessio* em moldes assaz rígidos para comportar as evoluções que seguramente sofreu na história do direito romano (em sentido análogo VIEIRA, *A posse*, pg. 74-75).

³²² “Questo indirizzo nega, con varie e differenti letture, che *corpus* e *animus* siano elementi costitutivi del possesso, almeno fino ad un determinato momento, da alcuni individuato nella tarda età classica, da altri nell’età postclassica e giustiniana.” – FERRETTI, *Animo possidere*, pg. 2.

³²³ PEROZZI, *Istituzioni...*, pg. 847, nota 1.

³²⁴ *Ibid.*, pg. 826. Esta teoria reverbera em Francesco Bernardino CICALA, *Per la teoria generale del possesso secondo il diritto romano (dalle “Lezioni d’istituzioni di diritto romano, dettate nel R. Istituto di Scienze Sociali), Città di Castello, Il Solco Casa Editrice, 1925, pg. 54 e segs.*; mas não chega a uma formulação que possamos considerar como teoria heterodoxa, uma vez que, ao aderir as críticas jheringnianas, escapa-lhe o progressivo emergir do *animus*.

³²⁵ Neste sentido FERRETTI, *Animo possidere*, pg. 9.

³²⁶ “l’originario valore linguistico del vocabolo [possesso], e il rapporto sostanziale a cui per la prima volta esso fu applicato” – Bruno FABI, *Aspetti del possesso romano*, pg. 5 apud FERRETTI, Paolo, *Animo possidere*, pg. 10.

nome de *possessio* na época clássica foi ocultada na antiguidade pelo termo *usus*. Estas conclusões derivam da análise de diversas fontes literárias onde verifica a ausência da expressão «*possessio*»³²⁷ e uma rara presença do verbo «*possidere*» (que era utilizada em várias acepções)³²⁸. A inexistência de vocábulo abstrato (*possessio*) apoia a ideia de que a expressão «*possessio*» e seus derivados advém de um período recente³²⁹, no passo de Festus³³⁰ aparece uma definição que “non poteva sorgere se non in chi fosse vicino o addirittura contemporaneo all’epoca in cui «*possessio*» aveva prevalentemente un significato concreto, e sentisse pertanto la necessità di sostenere *ex novo* il significato astratto del termine”³³¹.

Nas obras de Cícero podemos ver as primeiras inovações³³², o padrão linguístico presente denuncia a formação da categoria jurídica, “emerge l’uso del verbo *possidere* in un nuovo valore, quello di illecita detenzione, di possesso di cosa sottratta con violenza, di materiale usurpazione del territorio altrui.”³³³ Este estado de coisas teria influenciado a noção clássica de *possessio* e, se a *possessio* substituiu o *usus*, “non è escluso che, prima di ricomprendere «qualsiasi uso», «*possidere*» abbia piuttosto qualificato l’«*uti*», e lo abbia qualificato (...) quanto meno nel senso di cogliere in esso solo quel particolare «*usus*» che fosse corrispondente alla ‘detenzione di una cosa da parte di chi sulla cosa medesima non vantasse alcun diritto’”³³⁴. Deste significado primo e exclusivo ainda restam alguns indícios nas fontes: G. 2, 93-94; D. 41, 2, 12, 1; D. 41, 2, 52 pr.; D. 43, 17, 1, 2 e D. 50, 16, 115. Neste processo evolutivo não há qualquer referência ao *animus*, diferentemente do que era defendido até a dada em que escreve o romanista que acompanhamos, o *animus* não era um «elemento da posse», antes era uma intenção externa a posse que poderia atuar na sua substituição³³⁵. O *animus* surge como remédio para situações em que a *possessio* não pode ser reconhecida, porque não havia relação material com

³²⁷ “i romani conoscessero bensì il «*possidere*», ma ignorassero per contro la «*possessio*» (in senso astratto) come instituo giuridico di carattere generale e avente una sua autonoma struttura e costruzione” – FABI, *Aspetti...*, pg. 18 apud FERRETTI, *Animo possidere*, pg. 10, nota 55.

³²⁸ Cfr. as fontes listadas em FERRETTI, *Animo possidere*, pg. 10, nota 52.

³²⁹ FABI, *Bruno, Aspetti...*, pg. 12 apud FERRETTI, *Animo possidere*, pg. 10, nota 53.

³³⁰ “*Possessio est, ut definit Gallus Aelius, usu quidam agri aut aedicii, non ipse fundus aut ager*” – FESTUS, *de verborum significatione*, L. 16.

³³¹ FABI, *Aspetti...*, pg. 19 apud FERRETTI, *Animo possidere*, pg. 10.

³³² Cfr. as obras listadas em FERRETTI, *Animo possidere*, pg. 11, nota 58 e 59.

³³³ FERRETTI, *Animo possidere*, pg. 11.

³³⁴ FABI, *Aspetti...*, pg. 40 apud FERRETTI, *Animo possidere*, pg. 11.

³³⁵ FABI, *Aspetti...*, pg. 47 apud FERRETTI, *Animo possidere*, pg. 11.

a coisa, todavia, “sembrò ingiusto che non possedesse - ad esempio - colui che avesse acquistato e posto sotto custodia la cosa, senza apprenderne la detenzione (come afferma Labeone in Giavoleno³³⁶). Sembrò ingiusto che non possedesse colui che aveva abbandonato, con l'intenzione di tornarvi, un determinato territorio (i «saltus»³³⁷)”³³⁸. Isto significa que a noção prima de *animus* não se refere ao elemento da posse, mas à uma intenção que tem por objeto todo o *possidere*, é, portanto, externa e anterior ao «*animus*» como elemento possessório³³⁹. O passo seguinte, que levou a construção da composição binária da *possessio*, teria operado com Paulus em linha com as influências bizantinas³⁴⁰.

- b) Em 1960 Cannata, num “lavoro quasi esclusivamente esegetico”³⁴¹, revê a relação entre *corpus* e *animus* através de expoentes das escolas clássicas. Depois da análise de diversos fragmentos³⁴² de juriconsultos da escola proleiana, constata: “Il nostro pensiero há infatti grande difficoltà a intendere la precisa portata che qui ha l’espersione *animo retinere possessionem*, poichè son secoli che ha imparato ad intendere l’*animus* come un elemento spirituale interiore al possesso: ma quando Proculo scriveva così (...), voleva solo indicare con una formulazione positiva una situazione che era in realtà caratterizzata dal venir meno di qualcosa: si trattava di un *ritinere possessionem non corpore*; e dato che l’uomo è fatto di corpo e di anima, se pure *non corpore* conserva il possesso, è chiaro che lo conserva con l’anima.”³⁴³ Continuando “bisogna ossevare altresì che, dicendo che il possesso non è attuato *corpore*, ciò non significa che manchi l’elemento materiale (essendo il possesso un rapporto di fatto, si eusarisce nella sua materialità): la funzione dell’*animus* è appunto quella di attuare tale elemento, in cui si risolve il possesso.”³⁴⁴ O caso do *saltus* (onde provavelmente nasce este uso terminológico) evidencia perfettamenteemente o ponto do autor, sendo utilização económica normal o abandono destas terras em

³³⁶ D. 41, 2, 51.

³³⁷ D. 41, 2, 3, 11.

³³⁸ FABI, Bruno, *Aspetti...*, pg. 48 apud FERRETTI, *Animo possidere*, pg. 11-12.

³³⁹ FABI, *Aspetti...*, pg. 50 apud FERRETTI, *Animo possidere*, pg. 12.

³⁴⁰ FERRETTI, *Animo possidere*, pg. 12.

³⁴¹ Carlo Augusto CANNATA, *L’‘animo possidere’ nel diritto romano classico*, in SDHI 26, Roma, 1960, pg. 71, nota *.

³⁴² P. S. 5, 2, 1; D. 41, 2, 51; -41, 2, 27; -41, 2, 44, 2; -41, 2, 45 e 46; -43, 16, 1, 25; -41, 2, 3, 11.

³⁴³ CANNATA, *L’‘animo possidere’...*, pg. 77, ver ainda FERRETTI, *Animo possidere*, pg. 13.

³⁴⁴ CANNATA, *L’‘animo possidere’...*, pg. 77.

certos períodos do ano, o elemento material não inexistente “è la natura della cosa posseduta che esige un tale comportamento.”³⁴⁵

Na escola sabinana “si fece strada un punto di vista che tendeva ad isolare nel possesso l’elemento soggettivo, conferendogli una certa autonomia, rendendolo oggetto di una particolare considerazione giuridica, conserandolo infine l’elemento giuridico del possesso, e richiedendo dunque per la sua esistenza una verta capacità nel soggetto.”³⁴⁶

A *contaminatio* das duas concepções remonta a Paulus³⁴⁷ que, baseando-se substancialmente no pensamento sabiniano, utiliza a terminologia proculiana. Resulta da análise do pensamento pauliano (quanto à aquisição³⁴⁸, perda³⁴⁹ e conservação da posse)³⁵⁰ que *animus possidere* e *corpus* “sono congiunti ad esprimere il possesso come risultante dalla loro soma”³⁵¹. Portanto, “l’*animus possidere*, sia il *corpore possidere* devono considerarsi presenti ogni situazione possessoria, almeno all’inizio³⁵²: l’*animus possidere*, poi, deve essere presente durante tutto il possesso, anche se la *possessio corpore* può eccezionalmente mancare, e precisamente nel caso in cui *possessio animo retinetur*. Quanto alla perdita del possesso, essa avviene mediante *acta contraria* a quelli dell’acquisto”³⁵³.

³⁴⁵ *Ibid.*, pg. 76. Coube a Ulpinao “l’estensione della figura dell’*animus retinere possessionem* al di fuori del limitato campo d’applicazione originario (...): nel senso che egli può essere stato il primo giurista che abbia decisamente fissato in un’opera tale soluzione.” – *Ibid.*, pg. 87; esta hipótese deriva da análise de D. 41, 2, 34 pr.; D. 12, 1, 9, 9 e D. 43, 16, 1, 25.

³⁴⁶ CANNATA, *L’animus possidere’...*, pg. 100. Na conclusão Cannata contrapõe do seguinte modo as duas escolas: “Da un lato v’era la Scuola proculiana, per la quale la volontà di possedere era idonea ad operare da sola sul possesso; l’esistenza e la validità della volontà stessa venivano valutate in base a criteri di fatto; inoltre essa non era presa in considerazione propriamente come volontà, non riceveva questo nome, ma si vedeva in essa lo spirito dell’uomo (*animus*) in atto.

Dall’altro lato la Scuola sabiniana (...) non riteneva la volontà di possedere idonea ad operare da sola sul possesso, ma richiedeva essa fosse accompagnata da particolari attività fisiche; è pertanto facile pensare che in tale sistema la volontà risultasse ridotta a poca più che una semplice intenzione. Forse per indicarla i sabiniani usavano proprio il termine *voluntas* (D. 41, 2, 1, 5), con un significato certo più pregnante, ma alquanto vicino a quello che *animus* ha nel fr. di Celso D. 41, 2, 18, 3” – *Ibid.*, pg. 104.

³⁴⁷ Neste sentido CANNATA, *L’animus possidere’...*, pg. 104; FERRETTI, *Animus possidere*, pg. 13-14.

³⁴⁸ P. S. 5, 2, 1; D. 41, 2, 3, 1, -3 e 12.

³⁴⁹ D. 41, 2, 3, 6 a 10; D. 41, 2, 3, 8; D. 50, 17, 153.

³⁵⁰ CANNATA, *L’animus possidere’...*, pg. 91-96.

³⁵¹ Carlo Augusto CANNATA, *Dalla nozione di ‘animus possidere’ all’‘animus possidendi’ come elemento del possesso (epoca postclassica e diritto bizantino)*, SDHI 27, Roma, 1961, pg. 50.

³⁵² Este recorte das conclusões de Cannata, vai de encontro a ideia de Cicala que entendia o *animus* “come momento causale caratteristico del rapporto del possesso” – CICALA, *Per la teoria generale del possesso ...*, pg. 97.

³⁵³ CANNATA, *Dalla nozione...*, pg. 51.

c) Pierpaolo Zamorani é outro estudioso que reconhece na jurisprudência romana clássica uma noção materialística da *possessio*³⁵⁴. Segundo este, o *animus* que permite conservar a posse não é o *animus possidendi*, mas o *animus revertendi* que se pode verificar tanto na coisa possuída (como no caso da *fera bestia*³⁵⁵ e do *servus*³⁵⁶) como no possuidor (o caso do *saltus*³⁵⁷ ou de outros imóveis³⁵⁸). Consequentemente a perda da posse ocorreria quando se verifica-se a ausência deste *animus revertendi*³⁵⁹ que poderia ocorrer no mesmo momento que o abandono material da coisa ou em momento sucessivo³⁶⁰. Quanto à aquisição, alguns juristas³⁶¹ teriam autorizada que esta operasse *solo animo* naqueles casos em que “dall’apprensione corporale del bene, quando quest’ultima non potesse esser immediatamente realizzata, ma fosse comunque utile considerare acquisito il possesso già prima che avvenisse”³⁶².

É somente na época pós-clássica (segundo Zamorani) que o *animus* se torna um elemento da posse ao lado do *corpus*, como consequência das exigências de teorização e de simplificação³⁶³⁻³⁶⁴.

³⁵⁴ Pierpaolo ZAMORANI, *Possessio e animus*, I, Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 1977, pg. 10; FERRETTI, *Animo possidere*, pg. 14.

³⁵⁵ Como observa FERRETTI (*Animo possidere*, pg. 14, nota 83) este caso é controverso, uma vez que nem todos os juristas romanos valorizaram o *animus revertendi* critério de conservação da posse (cfr. D. 41, 2, 3, 13 e D. 41, 2, 3, 16). Por outro lado, tratando-se de propriedade a solução é indiscutível (G. 2, 68 e D. 41, 1, 5, 5).

³⁵⁶ D. 21, 1, 17, 3 e D. 41, 2, 47.

³⁵⁷ P. S. 5, 2, 1; D. 41, 2, 3, 11; -41, 2, 27; -41, 2, 44, 2; -41, 2, 46.

³⁵⁸ G. IV, 153; D. 41, 2, 25, 2; -43, 16, 1, 25.

³⁵⁹ “Se, dunque, l’*animus* che assicura la conservazione del possesso è l’*animus revertendi*, può concludersi che aveva ben veduto Cannata quando negava essere l’*animus* elemento del possesso ed asseriva esservi piena alternativà fra *corpore possidere* e *animo possidere*; il mio disaccordo con l’autore verte invece sul significato di *animus*, che non pare a me poter esser quello di anima del possessore; se così fosse, infatti, la dottrina romana dell’*animus* nel possesso sarebbe stata applicata aad una molteplicità di altre fattispecie, tutte egualmente caratterizzate dall’esistenza di un possesso *non corpore*; ma di ciò non vi è testimonianza nelle fonti.” – ZAMORANI, *Possessio e animus*, pg. 11.

³⁶⁰ ZAMORANI, *Possessio e animus*, pg. 11; FERRETTI, *Animo possidere*, pg. 15. Vide D. 41, 2, 3, 7 e 8; -41, 2, 7; -41, 2, 25, 2.

³⁶¹ Cfr. D. 41, 2, 3, 3; -41, 2, 51.

³⁶² ZAMORANI, *Possessio e animus*, pg. 12.

³⁶³ ZAMORANI, *Possessio e animus*, pg. 13.

³⁶⁴ Esta explicação coaduna-se bem com a compreensão que CRUZ, *Direito Romano*, pg. 85, tem da constituição Antoniniana: “A extensão da cidadania aos habitantes da Península Itálica, no séc. I a.C., tinha provocado uma crise constitucional na república; agora, a concessão da cidadania a todo o Império pela const. Antoniniana origina igualmente uma crise do principado. Esta crise política (que nos fins do séc. III Diocleciano tenta solucionar com as suas célebres reformas) é acompanhada do auge da crise da inflação monetária de que a nova moeda «Antoninianus», introduzida em 214, é um sintoma bem significativo. A «inflação» da cidadania provocou a «inflação» da *iusprudentia*. Houve necessidade de criar rapidamente muitos juristas, sobretudo nas províncias, para aplicar, agora, o *Ius Romanum* a todos os súditos do império;

d) Paola Lambrini é outra autora que adere a crítica à concepção binária da posse. Distanciando-se de Zamorani³⁶⁵ e aproximando-se de Cannata³⁶⁶, a romanista conclui que em alguns casos³⁶⁷ não se pode falar de uma aquisição desmaterializada, uma vez que “l'elemento corporale preesiste e la particolarità risiede nel fatto che la disponibilità materiale non è ulteriormente concretizzata quando si forma l'animus.”³⁶⁸ Particular tratamento merece o D. 41, 2, 51; pois trata-se de “fattispecie che proprio per la loro particolarità sembrano richiedere una soluzione diversa da quella che discenderebbe da una rigida applicazione del primitivo concetto di possesso.”³⁶⁹ Por outro lado, o elemento material pode ser equívoco, a inatividade por do possuidor pode indicar uma vontade contrária a conservação da posse³⁷⁰ e, para que tal não aconteça, foi preciso valorizar a vontade de possuir³⁷¹. Provavelmente a generalização da utilização da expressão *animus* (vocábulo aparentemente introduzido pelos proculeianos) deve-se a jurisprudência tardia “intendendola come riferita a un acquisto effettivamente smaterializzato e applicabile a tutte le possibili ipotesi.”³⁷² Cabe nesta sede uma menção especial ao trabalho de Paulus³⁷³ “che utilizzerà la terminologia, introdotta dai Proculiani per uno scopo ben preciso, al fine di descrivere in generale varie attività svolte in ordine

começa a baixar muito o seu valor. É a grande «provincialização» do Direito Romano clássico. Caminha-se para a sua vulgarização.”

³⁶⁵ LAMBRINI, *L'elemento soggettivo...*, pg. 13

³⁶⁶ Na medida que estabelece “che i classici non elaborarono la costruzione teorica in base alla quale l'animus possidendi sarebbe stato l'elemento necessario perché una situazione di disponibilità fisica potesse considerarsi possesso, si è trattato di dimostrare se, e a quale scopo, una qualche componente psicologica venisse allora presa in considerazione” (LAMBRINI, *L'elemento soggettivo...*, pg. 177), de forma análoga à CANNATA, *L'animus possidere'...*, pg. 101-102 (neste sentido FERRETTI, *Animus possidere*, pg. 16). Mas também no que toca ao papel da escola proculeiana e sabiniana neste processo evolutivo cfr. LAMBRINI, *L'elemento soggettivo...*, pg. 180; e CANNATA, *Dalla nozione...*, pg. 51.

³⁶⁷ D. 12, 1, 9, 9; -41, 1, 9, 5 e 6; -41, 2, 3, 3.

³⁶⁸ LAMBRINI, *L'elemento soggettivo...*, pg. 152.

³⁶⁹ *Ibid.*, pg. 153.

³⁷⁰ *Ibid.*, pg. 179.

³⁷¹ “L'elemento intenzionale considerato in tutti questi casi è certo qualcosa di diverso dalla coscienza e volontà di esercitare materialmente il possesso, in quanto si tratta di una componente che viene in rilievo solo nel momento in cui non si esercita fisicamente il possesso. Si tratta della volontà di possedere, non della volontà all'interno del possesso. É del resto evidente come tale volontà di possedere non venga utilizzata in questo contesto al fine di distinguere possesso e detenzione.” E, mais afrente: “Solo la dottrina bizantina è giunta a creare l'autonomo elemento dell'animus possidendi come fattore discriminante tra possesso e detenzione nonché tra possesso a titolo di proprietà e a titolo di altro diritto reale, molto probabilmente prendendo come spunto proprio le formulazioni in materia possessoria risalenti all'ultimo periodo classico” – LAMBRINI, *L'elemento soggettivo...*, pg. 155 e 158.

³⁷² LAMBRINI, *L'elemento soggettivo...*, pg. 154.

³⁷³ O pensamento do jurisconsulto é analisado em LAMBRINI, *L'elemento soggettivo...*, pg. 157-176.

al possesso. Le affermazioni che compaiono nei testi di tali autori tardoclassici, prese da sole, sembrerebbero legittimare la tradizionale dottrina che considera il possesso come insieme di *corpus possessionis* e *animus possidendi*. In realtà, però, si è visto come esse non siano delle vere e proprie costruzioni teoriche. Neppure in questi testi, infatti, si afferma astrattamente cosa sia il possesso e quali ne siano gli elementi costitutivi, ma si fa sempre riferimento a casi di acquisto, conservazione o perdita del possesso attuati corpore et animo. I due termini, quindi, in questo contesto sono relativi a due distinti mezzi con i quali si opera sul possesso, senza che, d'altra parte, si possa riscontrare un'innovazione concettuale rispetto a quanto implicitamente elaborato dalla giurisprudenza precedente in sede di soluzione di singoli problemi concreti.³⁷⁴

- e) Buscando o processo evolutivo do termo Paulo Ferretti³⁷⁵ debruça-se atentamente para os principais juriconsultos clássicos que escreveram sobre o tema³⁷⁶.

Num primeiro momento a reflexão se dá na escola proculeiana: Labeo já valorizava a atuação do *animus* para a aquisição de certas coisas³⁷⁷ e no seu pensamento Ferretti identifica o provável embrião do *possessio quae animo retinetur*³⁷⁸, a forma acabada desta regra (aplicada apenas ao caso do *saltus*³⁷⁹) deve-se a Proculus³⁸⁰ e foi acolhida por Neratius que a projetou as consequências no momento da perda da posse³⁸¹⁻³⁸². Em momento posterior a tentativa dos expoentes da escola proculeiana de reconhecerem a possibilidade de adquirir *solo animo* a posse não tem acolhimento. Gaius exclui esta possibilidade³⁸³, mas reconhece que a *possessio* possa ser

³⁷⁴ *Ibid.*, pg. 181.

³⁷⁵ O autor em questão busca “un punto di contatto”(FERRETTI, *Animo possidere*, pg. 16) entre a teorias ortodoxas e heterodoxas, contudo, na medida que reconhece que só em Paulus *animus* e *corpus* elevam-se à elementos constitutivos da *possessio* (*Ibid.*, pg. 178), parece-nos perfeitamente enquadrá-lo ao lado doutros autores «heterodoxos».

³⁷⁶ Deste modo segue a orientação metodológica de Cannata (FERRETTI, *Animo possidere*, pg. 27).

³⁷⁷ D. 41, 2, 51; ver FERRETTI, *Animo possidere*, pg. 36-42.

³⁷⁸ A conclusão resulta da análise de D. 41, 2, 6, 1 (FERRETTI, *Animo possidere*, pg.179-203).

³⁷⁹ FERRETTI, *Animo possidere*, pg. 18 e 56.

³⁸⁰ D. 41, 2, 27.

³⁸¹ D. 41, 2, 7.

³⁸² Estes últimos dois juriconsultos ainda valorizam o ânimo no caso da aquisição do tesouro onde antecede a *naturalis possessio* (D. 41, 2, 3, 3); ver FERRETTI, *Animo possidere*, pg. 42-48.

³⁸³ « (...) *Apisci uero possessionem per quos possimus, secundo commentario rettulimus; nec ulla dubitatio est, quin animo possessionem apisci non possimus.*» – G. 4, 153 (FERRETTI, *Animo possidere*, pg.28-31).

conservada apenas com *animus*³⁸⁴ (ainda restrito ao âmbito dos imóveis³⁸⁵) – expressão que indicaria o *animus revertendi*³⁸⁶. Pomponio, partindo da mesma aceção do termo *animus* que Gaius³⁸⁷, opera uma extensão desta intenção para compreender os casos em que a posse é exercitada por intermediário³⁸⁸.

Papinianus, na linha precedente, nega a possibilidade de aquisição *solo animo*³⁸⁹ e reconhece a conservação através do *animus* para os casos bens imóveis³⁹⁰. Inova no aspeto terminológico ao iniciar a utilizar o termo *corpus* com precisão técnica³⁹¹, indicando uma modalidade através da qual se possui: a posse se adquire³⁹² e se conserva³⁹³ através do nosso corpo ou do corpo do servo ou colono³⁹⁴. Ulpiano inicia a utilizar *corpus* e *animus* como duas formas alternativas de possuir³⁹⁵, mas ainda reconhece a *possessio quae animo retinetur* apenas no campo limitado dos imóveis³⁹⁶, para indicar a intenção de abandonar o fundo e de retornar posteriormente³⁹⁷.

³⁸⁴ « (...) *Quin etiam plerique putant animo quoque retineri possessionem, id est ut, quamvis neque ipsi simus in possessione neque nostro nomine alius, tamen si non relinquendae possessionis animo, sed postea reuersuri inde discesserimus, retinere possessionem uideamur (...)*» – G. 4, 153 (FERRETTI, *Animo possidere*, pg. 53-55).

³⁸⁵ FERRETTI (*Animo possidere*, pg. 59-62) constata que Gaius não utiliza a expressão quando fala do *servus* fugitivo e justifica-se afirmando que como o escravo não pode subtrair outras coisas da nossa posse, tampouco pode subtrair-se a si mesmo (D. 41, 2, 15).

³⁸⁶ FERRETTI, *Animo possidere*, pg. 65.

³⁸⁷ D. 41, 2, 25, 2.

³⁸⁸ D. 41, 2, 31 e FERRETTI, *Animo possidere*, pg. 88.

³⁸⁹ « (...) *Nec tamen eo pertinere speciem istam, ut animo videatur adquiri possessio (...)*» – D. 41, 2, 44, 1.

³⁹⁰ D. 42, 2, 44, 2; -42, 2, 45 e 46.

³⁹¹ “Il fatto che il termine *corpus* non fosse impiegato in senso tecnico, almeno fino a Papiniano, mi pare possa desumersi da più indizi. Innanzitutto, il termine *corpus* legato a *possessio* si trova documentato soprattutto nei giuristi serveriani: Papiniano lo utilizza cinque volta [D. 41, 2, 44, 1 e 2; -41, 2, 47], Ulpiano quattro [D. 41, 2, 29; -43, 16, 1, 24 e -26], Paolo undici [D. 41, 2, 1, 2; D. 41, 2, 3, 1; -8 e -12; D. 41, 2, 8 = D. 50, 17, 153; D. 41, 2, 41; P. S. 5, 2, 1]. Prima di loro, Marcello impiega il termine *corpus* in un solo testo [D. 41, 2, 19], peraltro associandolo al verbo *incumbere*; Pomponio due volte, ma in D. 41, 2, 25, 2 il termine è legato al verbo *ingredi*, e non al sostantivo *possessio*, mentre in D. 43, 26, 15, 4 è, con ogni verosimiglianza, interpolato; Giavoleno lo impiega in due volte in D. 41, 2, 51, ma con significati diversi, ossia per indicare tanto la cosa quanto l'apprensione materiale del bene. Inoltre, talvolta non si rinviene *corpus*, ma l'avverbio *corporaliter* [così Giavoleno in D. 41, 2, 23, 1; -41, 2, 24 e -46, 3, 79] o l'aggettivo *corporalis* [Giavoleno in D. 41, 2, 24 e Pomponio in D. 41, 2, 25, 2]. Ciò non toglie che il termine *corpus* fosse anche prima di Papiniano impiegato per designare il fatto dell'apprensione fisica della cosa.” – FERRETTI, *Animo possidere*, pg. 98-99, nota 310.

³⁹² “Se il possesso si acquistava *corpore servi* [D. 41, 2, 44, 1], a maggior ragione si sarebbe acquistato attraverso ‘il corpo’ del titolare.” – FERRETTI, *Animo possidere*, pg. 99, nota 311.

³⁹³ D. 42, 2, 44, 2.

³⁹⁴ FERRETTI, *Animo possidere*, pg. 20 e 99.

³⁹⁵ D. 43, 16, 1, 24 e 26.

³⁹⁶ D. 43, 16, 1, 25.

³⁹⁷ FERRETTI, *Animo possidere*, pg. 21 e 127.

O último jurista que importa mencionar neste processo evolutivo é Paulus. Segundo Ferretti, a tentativa do jurisconsulto “è quelllo di rileggere le numerose e variegate situazioni possessorie attraverso una teorica nuova.”³⁹⁸ Paulus começa a utilizar as expressões *corpus* e *animus* de maneira conjunta³⁹⁹, daí que o *animus* comece a brotar também no âmbito da aquisição da posse⁴⁰⁰ e a prova de que no pensamento deste *iurisprudente* a conservação da posse vaza para as coisas móveis encontra-se no tratamento da conservação da posse do servo fugitivo⁴⁰¹ (antes dele, nem Ulpiano⁴⁰², nem Gaius⁴⁰³, recorreram a esta justificação)⁴⁰⁴.

Limitando-nos a retirar aquilo que é necessário para construir um retrato fidedigno da ordenação dominial provisória no direito romano clássico, sem qualquer intenção de solucionar tão controversa questão, nos propomos a retirar da análise alguns pontos conclusivos que espelham características da regulação possessória.

Antes de mais, importa partir do dado adquirido de que a *possessio* é uma *res facti*⁴⁰⁵. E, se se deve a Paulus a formulação teórica que contrapõe *animus* e *corpus* em toda a dinâmica da relação possessória⁴⁰⁶, convém notar que Paulus não se move além das soluções oferecidas por *iurisprudentes* anteriores (apenas tenta enquadrá-las numa moldura teórica) e

³⁹⁸ FERRETTI, *Animo possidere*, pg. 143.

³⁹⁹ FERRETTI, *Animo possidere*, pg. 140.

⁴⁰⁰ D. 41, 2, 1, 3; -41, 2, 3, 1; -41, 2, 8.

⁴⁰¹ D. 41, 2, 3, 10 e P. S. 4, 14, 3; vide FERRETTI, *Animo possidere*, pg. 176.

⁴⁰² D. 41, 2, 13 pr.

⁴⁰³ D. 41, 2, 15.

⁴⁰⁴ FERRETTI, *Animo possidere*, pg. 161-168.

⁴⁰⁵ “Come istituto, invece, la *possessio* si distingue nettamente dalla *res*; non è una cosa materiale, ma neppure una *res incorporalis*, in quanto non si tratta di un diritto. E' piuttosto *res facti*, lei stessa o gli atti che la riguardano” – LAMBRINI, *L'elemento soggettivo...*, pg. 28. Cfr. D. 4, 6, 19; -41, 2, 1, 3 e 4; -47, 4, 1, 15; -49, 15, 12, 2.

Apesar de considerar que esta natureza é alterada na doutrina pós-clássica e justinianeia ZAMORANI (*Possessio e animus*, pg. 261) também reconhece esta natureza para a *possessio* clássica. Ver ainda TALAMANCA, *Istituzioni...*, pg. 485.

⁴⁰⁶ De forma que o início da posse opera pela confluência dos dois elementos (D. 41, 2, 3, 1), podendo esta ser conservada *solo animo* (P. S. 5, 2, 1). Não nos é claro se o jurisconsulto exige a extinção dos dois elementos para a sua perda (D. 41, 2, 3, 6; D. 41, 2, 8), contudo, importa sublinhar que o elemento corpóreo no caso da posse de fundo aparece atenuado: «o que dissemos, que por corpo e ânimo devemos adquirir a posse, não se deve entender de modo que aquele que queira possuir um fundo deva circular por toda a sua terra, sendo suficiente entrar em qualquer parte do fundo desde de que cogite possuir o fundo todo até o seu término» («(...) *Quod autem diximus et corpore et animo adquirere nos debere possessionem, non utique ita accipiendum est, ut qui fundum possidere velit, omnes glebas circumambulet: sed sufficit quamlibet partem eius fundi introire, dum mente et cogitatione hac sit, uti totum fundum usque ad terminum velit possidere.*») – D. 41, 2, 3, 1. Assim, vemos mais um argumento para se entender a regra geral da perda *animo et corpore* (outros tantos argumentos podem ser vistos em FERRETTI, *Animo possidere*, pg. 168-173).

que uma certa *scientia* sempre foi necessária para existir posse⁴⁰⁷. É verdade que, como observa Lambrini⁴⁰⁸, “*l’animus* qualcosa di diverso e ulteriore rispetto alla *scientia*”, porém, não nos parece que esta consciência necessária deva ser reconduzida ao *corpus*, como faz a autora. Paulus, ao comparar o furioso e o pupilo ao dormente⁴⁰⁹, afirma que não há posse pois não se verifica a *affectio tenendi*, e esta expressão é mais facilmente reconduzível ao *animus* do que ao *corpus* no quadro teórico pauliano⁴¹⁰.

Creemos adequado afirmar que *animus possidendi* é um género criado *a posteriori* das diversas espécies de *animus* elaborados pela casuística e a dificuldade em defini-lo é consequência da falta de unidade com que os diversos juriconsultos pensaram a totalidade dos casos de aquisição, conservação e perda da posse. Ou seja, o que há de comum entre os diversos *animus possidendi* é tão só serem um... ânimo⁴¹¹. Este pode ser o ânimo do próprio possuidor possuir a coisa⁴¹² (mesmo no caso do escravo fugitivo⁴¹³), de retornar a ela⁴¹⁴, da coisa possuída retornar ao possuidor⁴¹⁵, de um intermediário possuir para outrem⁴¹⁶ e até o ânimo do um filho possuir para quem o possui como escravo gerando a posse para o *pater*⁴¹⁷.

⁴⁰⁷ «(...) não têm a intenção de ter, no maximo tocam a coisa com seu corpo, como se alguém pusesse algo na mão do dormente» («(...) *affectionem tenendi non habent, licet maxime corpore suo rem contingant, sicuti si quis dormienti aliquid in manu ponat.*») – D. 41, 2, 1, 3.

⁴⁰⁸ LAMBRINI, *L’elemento soggettivo...*, pg. 141, nota 101.

⁴⁰⁹ D. 41, 2, 1, 3.

⁴¹⁰ Uma consciência da coisa possuída análoga à consciência do tesouro que se encontra em meu fundo e que basta para adquirir sobre ele a posse: «(...) E por isto, se souber que há um tesouro em meu fundo, imediatamente o possuo, desde que tenha intenção de possuí-lo, porque o que falta a posse natural o *animus* suplementa.» («(...) *Ideoque si Thensaurum in fundo meo positum sciam, continuo me possidere, simul atque possidendi affectum habuero, quia quod desit naturali possessioni, id animus implet.*») – D. 41, 2, 3, 3.

⁴¹¹ Da forma como vemos o problema a qualificação de um determinado ânimo como *animus possidendi* depende de uma dialética que se estabelece entre o problema jurídico pertinentemente recortado e o sentido do direito romano no tempo em que aquele problema reclama uma resposta daquele direito. Contudo, não é esta a hora nem o local adequado para desenvolver esta ideia (que pretendemos trabalhar em estudos futuros).

⁴¹² D. 41, 2, 1, 4; -41, 2, 3, 1 e 3.

⁴¹³ D. 41, 2, 13 pr.; -41, 2, 15; -41, 2, 3, 10.

⁴¹⁴ D. 41, 2, 3, 11; -41, 2, 25, 2; -43, 16, 1, 25.

⁴¹⁵ D. 41, 2, 3, 16; -41, 2, 47.

⁴¹⁶ D. 41, 2, 5 a 12.

⁴¹⁷ «Tudo que o filho apreender a título de pecúlio, instantaneamente possui o seu pai, mesmo que ignore que o filho está sob seu poder. Além disso, também se o filho for possuído por outrem como escravo, deverá se admitir a mesma solução» («*Quidquid filius peculiari nomine adprehenderit, id statim pater eius possidet, quamvis ignoret in sua potestate filium. Amplius etiam si filius ab alio tamquam servus possideatur, idem erit probandum.*») – D. 41, 2, 4. Apesar do fragmento não especificar se o ânimo do filho é de adquirir para o *pater* ou para quem o possui como escravo, a ausência de qualquer referência faz no crer que esta era indiferente. Sendo assim, o filho, mesmo com o ânimo de possuir para seu possuidor, acabaria por possuir para o *pater*.

5. Tipos possessórios

α) *Possessio naturalis, ad interdicta e civilis*

A *possessio naturalis* no direito romano clássico é a mera detenção⁴¹⁸, não permite alcançar a *usucapio*, nem sequer os *interdicta* possessórios, logo não se trata de uma verdadeira posse⁴¹⁹⁻⁴²⁰. Relacionando com o que foi dito no ponto anterior, podemos afirmar que é uma relação corpórea com a coisa desnuda de um ânimo adequado para elevar esta relação à *possessio ad interdicta*.

A posse tutelada por interditos (*possessio ad interdicta*⁴²¹) é aquela onde agregam-se *possessio naturalis* e ânimo adequado a sobrelevar esta⁴²².

“(…) *possessio civilis* é a posse oriunda de causa reconhecida como idônea pelo *ius civile* para a aquisição do domínio; a ela, além dos elementos de fato que constituem a *possessio ad interdicta* (o *corpus* e o *animus possidendi* [...]) acresce um elemento jurídico (a causa apta à aquisição do domínio⁴²³), que é a condição fundamental para a produção das consequências substanciais da posse, como a usucapião, a aquisição de frutos, a utilização da *actio publiciana*.”⁴²⁴ É em relação a este tipo possessório que deve-se interpretar «*non tantum corporis, sed et iuris est*»⁴²⁵ proferido por Papinianus.

Para ilustrar a diferença entres os três tipos em análise Riccobono serve-se da seguinte fórmula algébrica (“indicando la relazione fisica con *a*, l’elemento della volontà com *b*, e con *c* la causa che serve di fondamento al possesso civile”⁴²⁶):

⁴¹⁸ “‘Detentatio’ no es término técnico. Desde el punto de vista de la posesión civil, estos detentadores son poseedores ‘naturales’ (D. 41, 5, 2, 1), pero también lo son los poseedores interdictales no-propietarios” – *D’ORS, Derecho...*, pg. 209, nota 10.

⁴¹⁹ Mas também se aplica a estes casos a regra de que ninguém pode mudar a causa da sua posse (D. 41, 5, 2, 1).

⁴²⁰ Apenas consideramos o primeiro significado de *possessio naturalis* de que nos fala *Pietro BONFANTE, La «possessio civilis» e la «possessio naturalis», em Scritti Giuridici Varii III (obbligazioni, comunione e possesso), Torino, Unione tipografico-editrice torinese, 1921, pg. 558*, ou seja, “per indicare uno stato di mero fatto in contrapposizione a uno stato in cui concorrano anche elementi volitivi e intenzionali” (neste sentido a expressão é usada em D. 10, 3, 7, 11; -41, 2, 1 pr.; -41, 2, 3, 3 e 13; -41, 2, 12 pr.; -41, 2, 49 pr.).

⁴²¹ “il termine *possessio ad interdicta* non è testualmente documentato” – *TALAMANCA, Istituzion...*, pg. 489.

⁴²² D. 41, 2, 3, 3.

⁴²³ «Causa apta à aquisição do domínio» não se confunde com a *possessio iusta*; a posse do precarista (por exemplo) é *iusta* e inapta para adquirir o domínio (D. 6, 2, 13 pr. e 1), cfr. *JUSTO, Direito...*, vol. III, pg. 156; *ALVES, Posse*, pg. 43-44; *VIEIRA, A posse*, pg. 34-37.

⁴²⁴ *ALVES, Posse*, pg. 26.

⁴²⁵ D. 41, 2, 49, 1; neste sentido *ALVES, Posse*, pg. 26.

⁴²⁶ *Salvatore RICCOBONO, La teoria romana dei rapporti di possesso, em Bulletino dell’Istituto di Diritto Romano, ano XXIII, Roma, 1911, pg. 11.*

Possessio naturalis = a

Possessio civilis = a + b + c

Possessio ad interdicta = a + b

No que toca a nossa investigação interessa tão só excluir a *possessio naturalis* do campo da ordenação dominial provisória, uma vez que, como referido, não se trata duma vera *possessio*.⁴²⁷

β) *Possessio bonae fidei e possessio malae fidei*

A melhor definição de boa fé é de Burckhard baseada no D. 41, 2, 5 pr.⁴²⁸: “esta convicção de que ele – o possuidor – tinha adquirido e possuía *volente et concedente domino*, de que todos os momentos de facto da sua aquisição estariam em ordem, quando também o Direito emprestava a sua eficácia a esta aquisição, era *bona fides*”⁴²⁹. Definição que Bonfante resume através da ideia de uma presunção de consenso do proprietário à aquisição⁴³⁰. Ou seja, é possuidor de boa fé aquele que tem aquela convicção e de má fé aquele a manca⁴³¹. Resulta um conceito de muito amplo que pode ser subdividido em dois grupos⁴³²:

α) em sentido amplo engloba a posse de boa fé sem *iusta causa usucapionis*, que pode até mancar título putativo (*iusta causa erroris*)⁴³³ ou uma *res habilis ad usucapionem*⁴³⁴;

⁴²⁷ Ao que tudo indica os fragmentos contidos em D. 10, 4, 3, 15; -10, 4, 7, 1; -41, 1, 11 e 53; -43, 16, 1, 9 foram interpolados para se ajustarem ao direito justiniano onde *possessio naturalis* englobava tanto a detenção quando a *possessio ad interdicta* e *possessio civilis* a *possessio ad usucapionem*. Cfr. JUSTO, *Direito...*, vol. III, pg. 157; VIEIRA, *A posse*, pg. 29; Gustavo Jurena EIDT, *Possessio, dissertação de mestrado em ciências jurídico-históricas, Universidade de Coimbra, 2008* pg. 23; BONFANTE, *Corso...*, vol. III, pg. 213; BOZZA, *Il possesso*, pg. 264-271; VOLTERRA, *Istituzioni...*, pg. 399-400.

⁴²⁸ Isto porquê a crença de que a *bona fides* consiste na convicção de se adquirir a coisa ao proprietário ou representante deste, apesar de fundada nas fontes (G. II, 43; I. 2, 6 pr.; D. 18, 1, 27; -50, 16, 109; -41, 7, 5 pr.), enquanto definição, falha no requisito *omnes definitio* uma vez que existem uma série de textos onde o possuidor sabe que não se tornou proprietário e, mesmo assim, usucapia; cfr. D. 9, 4, 28; -24, 1, 25; -41, 3, 44, 4; -41, 4, 2, 2; -41, 6, 3 (colhidos em BONFANTE, *Corso...*, vol II sez II, pg. 244, nota 1.

⁴²⁹ BUCKHARD, Hugo, *Ueber den Begriff und beweis der bona fides bei der eigenthumersitzung*, pg. 295 apud VIEIRA, *A posse*, pg. 31.

⁴³⁰ BONFANTE, *Corso di diritto romano, vol II sez II, pg. 244*.

⁴³¹ Sobre a natureza objetiva ou subjetiva desta boa fé BONFANTE, *Corso...*, vol. II sez. II, pg. 244-246; VIEIRA, *A posse*, pg. 33-34; porém advirta-se com o último: “embora seja para nós claro que a definição respetiva não esteve nas cogitações dos jurisprudentes das várias épocas do Direito romano, sendo uma preocupação moderna”.

⁴³² Operam esta divisão ALVES, *Posse*, pg. 42-43; BONFANTE, *Corso...*, vol. II sez. II, pg. 319-324 (que seguiremos de perto); BOZZA, *Il possesso*, pg. 214-216; VOLTERRA, *Istituzioni...*, pg. 400-402.

⁴³³ D. 5, 3, 25, 6.

⁴³⁴ D. 41, 1, 48 pr.

β) em sentido restrito circunscreve-se à posse que reúne todos os requisitos para conduzir à *usucapio*⁴³⁵.

O primeiro é tutelado apenas pelos interditos possessórios, ou seja, só é protegido contra o esbulho e a turbação da posse, “mas, se perder acidentalmente a coisa, não dispõe ele [possuidor] de meio jurídico para reaver a posse”⁴³⁶. Ainda assim é uma relação jurídica que permite ao possuidor uma segurança jurídica superior à mera *possessio animo et corpore*, na medida que gera a favor do possuidor outros meios de tutela, como a aquisição dos frutos⁴³⁷, o ressarcimento de despesas⁴³⁸, conduz à *praescriptio longissimi temporis*⁴³⁹, permite defender (em caso de ausência) o servo frente à ação noxal⁴⁴⁰ e permite adquirir pelo escravo como o usufrutuário (isto é, aquilo que o escravo adquiri através das coisas do possuidor de boa fé ou através do seu trabalho – *ex re nostra vele ex operis suis* –, são adquiridas para o proprietário as demais coisas como aquilo que ganhe, por exemplo, enquanto herdeiro ou legatário)⁴⁴¹.

O segundo é tutelado pela *actio publiciana* contra qualquer pessoa que ingresse na posse da *res*, salvo o *dominus*. Na medida em que é tutelada por uma *actio* (e dada a relação *ius-actio* que marca o pensamento jurídico romano⁴⁴²), a *possessio bonae fidei* é um verdadeiro direito⁴⁴³.

Importa ainda determinar o momento em que a boa-fé deve ser aferida, aqui importa diferenciar a *bona fides*, para efeito de usucapião e para a aquisição dos frutos, a primeira é determinada no momento da aquisição da posse, a segunda é perpétua, ou seja, tem de se verificar no momento da aquisição dos frutos⁴⁴⁴.

⁴³⁵ Sobre a relação da *iusta causa* com a boa fé para fins de *usucapio* cfr. Pietro BONFANTE, *La «iusta causa» dell'usucapione e il suo rapporto colla «bona fides»*, em *Scritti Giuridici Varii II (proprietà e servitù)*, Torino, Unione tipografico-editrice torinese, 1918.

⁴³⁶ ALVES, *Posse*, pg. 43.

⁴³⁷ D. 47, 2, 48, 5; vide BONFANTE, *Corso...*, vol. II sez. II, pg. 126-127 e Pietro BONFANTE, *La buona fede nell'acquisto dei frutti e per l'esercizio del «ius retentionis»*, em *Scritti Giuridici Varii II (proprietà e servitù)*, Torino, Unione tipografico-editrice torinese, 1918.

⁴³⁸ Das despesas deveria ser descontado o valor dos frutos (D. 6, 2, 48 e 65); vide BONFANTE, *Corso...*, vol. II sez. II, pg. 307-308.

⁴³⁹ *Ibid.*, pg. 272-273.

⁴⁴⁰ D. 9, 4, 21, 1.

⁴⁴¹ G. II, 91 e 92.

⁴⁴² Vide António dos Santos JUSTO, *As acções do pretor (actiones praetoriae)*, Coimbra, 1990, pg. 7-11.

⁴⁴³ Neste sentido BONFANTE, *Corso...*, vol. II sez. II, pg. 319; BOZZA, *Il possesso*, pg. 215; VOLTERRA, *Istituzioni...*, pg. 401; JUSTO, *Direito...*, vol. III, pg. 156, ALVES, *Posse*, pg. 42.

⁴⁴⁴ Opinião divergente era a de Iulianus (D. 22, 1, 25, 2), mas esta não seguida por Pomponio, Paulus e Ulpianus (D. 41, 1, 23 pr.; D. 41, 1, 48, 1); sobre a controvérsia BONFANTE, *Corso...*, vol. II sez. II, pg. 320-323.

6. *Interdicta*

Na época clássica a tutela da posse se dá mediante processos interditaes⁴⁴⁵ e a origem dos interditos encontra-se justamente na necessidade de tutela possessória⁴⁴⁶.

Sem entrarmos em grandes desenvolvimentos sobre a origem da tutela possessória, podemos afirmar que é preferível seguir a linha iniciada por Niehbur⁴⁴⁷ (e seguida por Savigny⁴⁴⁸, Dernburg⁴⁴⁹, Cuq⁴⁵⁰ Bonfante⁴⁵¹, D'Ors⁴⁵²)⁴⁵³ em contraposição aquela linha crítica desenvolvida por Jhering⁴⁵⁴.

Havia duas espécies de interditos possessórios: os *interdicta retinendae possessionis* (interditos para a conservação da posse) e os *interdicta recuperandae possessionis* (interditos para a recuperação da posse)⁴⁵⁵. Ambos tinham o limitado escopo da averiguação da posse e, conseqüentemente, não admitiam a *exceptio domini*^{456, 457}.

⁴⁴⁵ “Um *interdictum* (interdito) era uma ordem sumária dada pelo pretor baseada (essa ordem) no seu «imperium»” – CRUZ, *Direito romano*, pg. 327. Cfr. JUSTO, *Direito...*, vol. I, pg. 424-426; VIEIRA, *A posse*, pg. 89-93; SCIALOJA, *Procedura...*, pg. 127; Emilio ALBERTARIO, *Actiones e interdicta*, em *Studi di Diritto Romano*, vol. IV (*eredità e processo*), Milão, Antonino Giuffrè editore, 1946.

⁴⁴⁶ TALAMANCA, *Istituzioni...*, pg. 495.

⁴⁴⁷ M. B. G. NIEBUHR, *Histoire Romaine*, tradução de M. P. A. de Golbéry, Paris, F. G. Levrault, 1834, pg. 200-201

⁴⁴⁸ SAVIGNY, *Tratado de la posesión*, pg. 129-134.

⁴⁴⁹ DERNBURG, *Pandette*, pg. 10-13.

⁴⁵⁰ CUQ, *Recherches sur la possession...*, pg. 12-16.

⁴⁵¹ BONFANTE, *Corso...*, vol. III, pg. 198-204.

⁴⁵² D'ORS, *Derecho...*, pg. 207-209.

⁴⁵³ Esta linha salienta a origem da tutela possessória na tutela das concessões do *ager publicus*.

⁴⁵⁴ Que “localiza a origem da proteção possessória na faculdade que tinha o pretor de, nas ações de reivindicação, até a sentença final, atribuir a uma das partes litigantes a posse provisória da coisa litigiosa, posse essa que ele, se necessário, tutelava com interditos.” (ALVES, *Posse*, pg. 62; vide JHERING, *Fundement...*, pg. 66). Apesar de aparentemente ter suporte nas fontes (G. IV, 148), contra esta teoria pode-se levantar o simples, mas esmagador, argumento de que os *interdicta retinendae possessionis* são anteriores ao processo das fórmulas e que no processo da *legis actio per sacramentum in rem* o pretor decidia sobre a posse interina (JUSTO, *Direito...*, vol. I, pg. 294).

⁴⁵⁵ D. 43, 17, 1, 4. Os interditos poderiam ainda ser para a aquisição da posse (G. IV, 143, -144, -145, -146, -147), porém estes, como o nome indica, não tutelavam a posse, mas a sua aquisição, neste sentido D'ORS, *Derecho...*, pg. 212; KASER, *Derecho...*, pg. 97; TALAMANCA, *Istituzioni...*, pg. 495. Para outras classificações dos *interdicta* ver VIEIRA, *A posse*, pg. 94-98.

⁴⁵⁶ Vide ALVES, *Posse*, 64, nota 175; SCHULZ, *Classical...*, pg. 445 ilustra com o seguinte caso: “Suppose that a thief sold and delivered the stolen thing to a *bonae fidei emptor* P. Later the owner of the thing O had violated P's possession and O could not defend himself by asserting and proving his ownership. (...) Thus O had to restore the thing to P; afterwards he might sue P with the *rei vindicatio*”.

⁴⁵⁷ É interessante a comparação proposta por BONFANTE (*Corso...*, vol. III, pg. 350) e acolhida por JUSTO (*Direito...*, vol. III, pg. 166 e 168), segundo a qual os interditos para a conservação da posse estão para a posse como a negatória está para a propriedade e que os interditos para a recuperação da posse correspondem à reivindicação. Porém, como salienta o mestre italiano, é preciso eliminar uma possível confusão: o fulcro da tutela possessória são os *interdicta retinendae possessionis* enquanto, contraditoriamente, na tutela da propriedade a *rei vindicatio* ocupa o primeiro lugar. E, como observam ambos romanistas, subsiste a diferença da “*actio negatoria* ser um expediente definitivo e o *interdictum* provisório: fica em aberto a questão de direito” (JUSTO, *Direito...*, vol. III, pg. 166, nota 5).

Os *interdicta retinendae possessionis* protegiam o possuidor (cuja posse não sofresse nenhum vício – *nec vi, nec clam, nec precario*⁴⁵⁸⁻⁴⁵⁹), contra perturbações na sua relação com a coisa. Eram interditos duplos⁴⁶⁰, ou seja, as partes ocupavam ambos as posições de demandante e demandado, por isso, rigorosamente, seriam necessárias duas *sponsiones* e duas *restipulationes*, porém Gaius nos informa que para simplificar era usual recorrer a «*sponsio itemque restipulatio una*» (G. IV, 166). Eram dois os interditos de retenção da posse:

- a) *Interdictum uti possidetis*: era, no direito clássico, o interdito destinado a tutelar a posse de *res* imóveis (*fundus, aedes, locus*⁴⁶¹)⁴⁶², contra perturbações atuais ou futuras⁴⁶³. Sua redação aparece com variações em G. IV, 160; D. 43, 17, 1, pr.⁴⁶⁴ e

⁴⁵⁸ D. 43, 17, 1, 9. Estes vícios não eram absolutos, mas relativos, ou seja, apenas relevavam na medida em que subsistissem na relação com a contraparte, daí o princípio enunciado por Venuleius «*Adversus extraneos vitiosa possessio prodesse solet*» (D. 41, 2, 53), cfr. D'ORS, *Derecho...*, pg. 209; BOZZA, *Il possesso*, pg. 220-221; VOLTERRA, *Istituzioni...*, pg. 400; TALAMANCA, *Istituzioni...*, pg. 400; VIEIRA, *A posse*, pg. 105, nota 584.

⁴⁵⁹ «Un punto grave in ordine all'interdetto è circa il valore della clausola *nec vi nec clam nec preario*.

Gli scrittori sono quasi divisi in due campi. Gli uni ritengono che questa clausola abbia una mera funzione negativa; in altri termini, chi non prova il possesso non vizioso di fronte all'avversario è respinto. Gli altri ritengono che la clausola abbia una funzione recuperatoria, vale a dire che se l'uno possiede bensì, ma il suo possesso è vizioso di fronte all'avversario, questo è precisamente restituito all'avversario. (...)

Noi siamo per la funzione recuperatoria. Anzitutto i testi sembrano dire chiaramente che l'interdetto può in talune ipotesi condurre al recupero della cosa (D. 43, 17, 3 pr.). D'altra parte il carattere dell'interdetto duplice porta necessariamente a questo risultato. Se il giudice respinge la pretesa dell'uno in qualità di attore, deve condannarlo come convenuto, e non può in questa ipotesi condannarlo se non alla restituzione del possesso. Se la clausola *nec vi nec clam* ecc. vuol avere un significato serio, essa non può aver che questo: che il possesso venga restituito dal possessore vizioso al possessore spogliato. (...)

Gli argomenti che si adducono contro la funzione recuperatoria sono argomenti non lievi, se si vuole, ma di natura troppo letterale. Si dice anzitutto che l'interdetto accorda vittoria al possessore. Così è detto nella formula dell'interdetto ed era detto nella formula della *sponsio* e così ripetutamente si esprimono i testi (G. IV, 140; D. 43, 17, 1, 4). Ora certamente la funzione recuperatoria accorda eventualmente la vittoria al non possessore, ma è questa una conseguenza accidentale. La clausola del possesso non vizioso è un'anomalia, e nessuna meraviglia che produca effetti anomali.

Si dice ancora che ciò contraddice alla denominazione stessa dell'interdetto, che è *retinendae possessionis*. Qui è agevole la risposta che questa designazione è desunta dalla funzione essenziale e probabilmente unica in origine, perchè la clausola del possesso non vizioso pare aggiunta in seguito.” – BONFANTE, *Corso...*, vol. III, pg. 353-354.

⁴⁶⁰ G. IV, 160; D. 43, 17, 3, 1.

⁴⁶¹ Otto LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, Leipzig, Verlag von Bernhard ta Uchnitz, 1927, tit. XLIII, §247, pg. 470-471.

⁴⁶² D. 43, 17, 1, 1; -43, 17, 1, 7 e 8; -43, 17, 3, 6; -50, 16, 60.

⁴⁶³ D. 43, 17, 3, 2 e 4.

⁴⁶⁴ «profbo que seja feita violência para impedir que continues a possuir a casa, de que se trata, como a possuis sem violência nem clandestina nem precariamente» («*Uti eas aedes, quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto*») – na tradução de JUSTO, *Direito...*, vol. III, pg. 166, nota 7. Sobre a parte final do fragmento («*intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit*»), observa Bonfante que “nel diritto giustiniano, probabilmente per interpolazione, l'interdetto si può esperire durante un anno utile” (BONFANTE, *Corso...*, vol. III, pg. 353).

C. 8, 6, 1⁴⁶⁵; mas, o sentido no direito romano clássico é uno: veda-se que se impeça o possuidor *nec vi, nec clam, nec precario* de possuir a *res immobile* como a possuía. Para haver juízo era necessário um ato contrário à proibição do pretor⁴⁶⁶. Então as partes obrigavam-se reciprocamente (através de *sponsio* e *restipulatio*) a pagar uma soma (*neque pluris quam quantis res erit*⁴⁶⁷) devida pela infração da ordem pretória. A posse interina da coisa era decidida através da *fructus licitatio*, o vencedor a licitação se obrigava (mediante *stipulatio fructuaria*) a pagar a soma oferecida caso o juízo fosse decidido contra si⁴⁶⁸⁻⁴⁶⁹. Ou seja, se “perdesse quem fez a *fructus licitatio* (o possuidor interino), ao vencedor eram concedidos dois *iudicia*: o *iudicium secutorium sive cascellianum* para ser indenizado no caso da *possessio* não lhe ser restituída; e o *iudicium* com base na *fructuaria stipulatio* para obter a soma prometida na *fructus licitatio*.”⁴⁷⁰ Mas, como o valor prometido na *fructuaria stipulatio* era devido a título de pena (G. IV, 167), o possuidor interino deveria ainda restituir os frutos percebidos no hiato em questão. Por outro lado, se o licitante vencido na *fructus licitatio* falhasse em provar sua posse é apenas condenado a pagar o valor da *sponsio* ou da *restipulatio* (G. IV, 168)⁴⁷¹.

- b) *Interdictum utrubi*: era o interdito análogo ao *uti possidetis* para as *res mobiles*, “inicialmente concedido em relação a escravos, mas já na época clássica foi estendido a todas as *res móveis*”⁴⁷². Também diferenciava-se do interdito visto *supra* por tutelar a posse daquele que possuísse a coisa (*nec vi, nec clam, nec precario*) por mais tempo naquele ano⁴⁷³, como resulta da fórmula contida em G. IV, 160 e D. 43, 31, 1, pr.⁴⁷⁴. Provavelmente a razão desta diferença em relação *interdictum uti*

⁴⁶⁵ Há ainda uma versão atribuída a Festo, vide LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, tit. XLIII, §247; BONFANTE, *Corso...*, vol. III, pg. 348-349; VOLTERRA, *Istituzioni...*, pg. 397, nota 2; PEROZZI, *Istituzioni...*, pg. 870, nota 1; VIEIRA, *A posse*, pg. 103.

⁴⁶⁶ G. IV, 141; vide BONFANTE, *Corso...*, vol. III, pg. 350-351.

⁴⁶⁷ D. 43, 17, 1 pr.; D. 43, 17, 3, 11; LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, tit. XLIII, §247, pg. 471-472.

⁴⁶⁸ G. IV, 166.

⁴⁶⁹ Havia a possibilidade de se utilizar um *interdictum secundarium* no caso da não colaboração de umas das partes; cfr. G. IV, 170 e LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, tit. XLIII, §247, pg. 473.

⁴⁷⁰ JUSTO, *Direito...*, vol. III, pg. 167.

⁴⁷¹ LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, tit. XLIII, §247, pg. 472; BONFANTE, *Corso...*, vol. III, pg. 351-352; JUSTO, *Direito...*, vol. III, pg. 167.

⁴⁷² JUSTO, *Direito...*, vol. III, pg. 167; no mesmo sentido BONFANTE, *Corso...*, vol. III, pg. 355.

⁴⁷³ G. IV, 150 e 160; D. 43, 31, 1 pr.; o tempo era computado retrospectivamente, a partir da posse atual (G. IV, 152).

⁴⁷⁴ «proíbo que se impeça por violência que seja levado este escravo, de que se trata, por quem o teve em casa a maior parte do tempo no presente ano» («*Utrubi hic homo, quo de agitur, maiore parte huiusce anni fuit, quo minus is eum ducat, vim fieri veto*») – na tradução de JUSTO, *Direito...*, vol. III, pg. 167, nota 16. Como

possidetis prende-se à facilidade com que ocorre a perda de bens móveis, mesmo independentemente da ação do homem (escravos e animais podem escapar, as águas e os ventos podem arrastar *res mobiles* para outros lugares)⁴⁷⁵, desde modo a posse atual de um sujeito pode ser consequência de meras casualidades que não merecem serem tuteladas pelo *ius*. Todavia, a solução ainda poderia conduzir à iniquidade nos casos de transferência da posse, por isto os romanos introduziram a figura da *accessio possessionis* permitindo ao possuidor acrescentar à sua posse aquela de quem a recebeu desde que não fosse viciosa frente ao adversário⁴⁷⁶.

É frequente referir que os *interdicta retinendae possessionis* desempenhavam um papel importante para a colocação dos sujeitos processuais nas respectivas posições na *rei vindicatio*⁴⁷⁷ e Gaius chega mesmo a afirmar que é esta a função destes interditos (G. IV, 148) e as instituições justinianeias também (I. 4, 15, 4). Todavia, cremos ser de rejeitar esta ideia⁴⁷⁸ e de precisar aquela, como observa Schulz “in classical times the main purpose of the possessory interdicts was to protect possession against aggression and thereby to preserve the peace. For this purpose they were very efficient remedies, particularly since the question of right to possess was entirely excluded”⁴⁷⁹.

Passando para os *interdicta recuperandae possessiones*⁴⁸⁰:

observa o mesmo autor (assim como BONFANTE, *Corso...*, vol. III, pg. 355) a fórmula não contém a expressão *nec vi, nec clam, nec precario*; mas sua presença no edicto é pressuposta em G. IV, 150; I. 4, 15, 4; D. 43, 31, 11, 1; P. S. 5, 6, 1.

⁴⁷⁵ Neste sentido BONFANTE, *Corso...*, vol. III, pg. 355-356.

⁴⁷⁶ G. IV, 151. LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, tit. XLIII, §264, pg. 489; entende que a cláusula de acessão advém duma adição à fórmula, provavelmente contendo apenas a referência à *accessio* por compra ou por herança e interpretativamente estendida a outros casos.

⁴⁷⁷ Assim JUSTO, *Direito...*, vol. III, pg. 168; KASER, *Derecho...*, pg. 97-98; D'ORS, *Derecho...*, §143, pg. 207; IGLESIAS, *Derecho...*, pg. 216.

⁴⁷⁸ Neste sentido BONFANTE, *Corso...*, vol. III, entende que “questa spiegazione è (...) il portato di quello spirito di prammatismo antistorico, che fa interpretare l'origine delle istituzioni, con le funzioni prevalenti o più appariscenti in seguito.”

⁴⁷⁹ SCHULZ, *Classical...*, pg. 452.

⁴⁸⁰ Não nos parece que o *interdictum de precario* seja verdadeiramente um *interdictum retinendae possessionis*, como explica PEROZZI (*Istituzioni...*, pg. 881): “L'interdttto è fondato sul mero fatto dell'*habere precario* e non si può dire che serva a ricuperare il possesso, perchè (...) potea concedere la cosa a precario anche chi non possedeva. Il convenuo poteva difendersi opponendo il suo dominio della cosa, perchè questo esclude il precario.” Neste sentido cfr. BONFANTE, *Corso...*, vol. III, pg. 196; SCHULZ, *Classical...*, pg. 445; contra JUSTO, *Direito...*, vol. III, pg. 168; ALVES, *Posse*, pg. 68; VIEIRA, *A posse*, pg. 116; D'ORS, *Derecho...*, pg. 210; KASER, *Derecho...*, pg. 99; BUJÁN, *Derecho...*, pg. 276; fortalece esta tese o D. 43, 26, 2, 1. IGLESIAS (*Derecho romano*, pg. 218) afirma ser duvidosa a classificação do interdito e, apoiando-se no D. 41, 2, 3, 5 continua: “Los proculeranos entienden que concesión en precario priva de la posesión al concedente, porque una misma cosa no puede ser poseída a la vez – *in solidum* – por varias personas; los sabinianos, por el contrario, afirman que cuando uno hubiere recibido una cosa en precario, la poseen el que la da y el que la

- a) *Interdictum unde vi* (*de vi* ou *de vi cottidiana*): segundo alguns autores, o interdito em análise surgiu para evitar o trâmite complexo do *interdictum uti possidetis*⁴⁸¹.

recibe. A tenor de esta última opinião, nunca rechazada decididamente por los juristas posteriores, el concedente que reclama la cosa al precarista no trata de recuperar una posesión perdida, sino solo de traer a su antigua plenitud un goce mermado por el concurrente del concesionario.” *JUSTO (Direito..., vol. III, pg. 168, nota 21)* aparentemente interpreta esta passagem como uma defesa da natureza restitutória, sob nosso olhar diríamos que se trata da defesa duma natureza *sui generis* ou conservatória, uma vez que o Iglesias afirma expressamente que não se trata de recuperar uma posse perdida. De qualquer modo parece-nos de rejeitar a posição do jurista espanhol, a ideia de que a opinião de Sabino nunca foi rejeitada decididamente pelos juristas posteriores resulta contrariada do próprio D. 41, 2, 3, 5; o qual abre com a afirmação da regra «*rem in solidum possidere non possunt*» e, depois de apresentar as opiniões contrárias de Sabino e de Trebatius, ressalta a repreensão de Labeo («*quem Labeo reprehendit*»), dando razão ao último. Esta estrutura, como a vemos, nos indica que desde Labeo a opinião de Sabino foi decididamente rejeitada e, se Sabino é o mais novo dos dois, isto apenas indica que sua opinião neste tema nunca gozou de grande aderência. Pode-se ainda levantar o argumento que Gaius *noster*, um bom sabiniano (*CRUZ, Direito romano, pg. 394*), não faz referência ao *interdictum de precario* quando trata dos *interdicta recuperandae possessionis*. Em nossa opinião o *interdictum de precario* tem uma natureza *sui generis* assim como a figura que tutela (*António dos Santos JUSTO, Precário: direito romano (breve referência aos direitos contemporâneos), Lusíada Revista de Direito, nº13, 2015, pg. 44*). Se “relativamente ao *precario dans*, [...] têm legitimidade: o proprietário, mesmo que não tenha a posse, desde que goze da faculdade de dispor gratuitamente; o possuidor que possa manter a sua *possessio* através do *interdictum ut possidetis*; e o simples detentor da coisa, como o *conductor*, seja inquilino ou colono” (*Ibid., pg. 54*) – ver D. 43, 26, 18 –; então, estaríamos a afirmar que se trata de um interdito de recuperação da posse daquele que nunca a teve?! Sobre a fórmula do *interditum de precario vide LENEL, Das edictum perpetuum, tit. XLIII, § 258, pg. 486-487*.

Já quando ao *interdictum de clandestina possessione*, se é seguro que não existiu no direito justinianeu, é dúbio se existiu no direito clássico. A romanística parece se inclinar para a resposta afirmativa (cfr. *BONFANTE, Corso..., vol. III, pg. 365-366; PEROZZI, Istituzioni..., pg. 881-882; KASER, Derecho..., pg. 99-100; D’ORS, Derecho..., pg. 211; VIEIRA, A posse, pg. 116*), a favor da tese abona o D. 10, 3, 7, 5 (mas *IGLESIAS, Derecho..., pg. 218*; o considera provavelmente interpolado); onde Ulpiano cita Iulianus que faria menção a este interdito, e é bem conhecido o peso deste último jurisconsulto (*CRUZ, Direito romano, pg. 391-392*), de qualquer modo não nos chega qualquer fonte que permita sua reconstrução.

⁴⁸¹ *D’ORS, Derecho..., pg. 210; TALAMANCA, Istituzioni..., pg. 498*. Em *VIEIRA, A posse, pg. 113-114*; encontra-se a seguinte descrição do processo:

“A tramitação do interdito *de vi* é mais simples do que a do interdito *uti possidetis*. No caso da ordem do pretor não ser cumprida pelo possuidor, a continuação judicial do litígio envolve um de dois processos. O primeiro consiste na emissão da estipulação (*sponsio*) e contra estipulação (*restipulatio*) [G. IV, 165]. Uma vez que se trata de um interdito simples, o possuidor promete solenemente o pagamento de uma determinada quantia em dinheiro, para o caso de se provar que violou ilicitamente a obrigação de restituir a coisa ao adversário, e este último faz o mesmo, para o caso de se provar infundada a sua pretensão à restituição.

Gaius [G. IV, 165] dá nota do passo seguinte: ‘Seguidamente, o juiz perante o qual decorre o processo pergunta se o réu, em desobediência ao Edicto do Pretor, não exibiu, ou não restituiu a coisa; se a sentença for favorável ao autor, condena o adversário a pagar a soma estipulada na promessa solene, e, se este de facto não tiver exibido ou restituído a coisa, condena-o também no processo sequencial, e, quanto ao autor, absolve-o da contra estipulação; mas se a sentença for favorável ao réu, o juiz absolve este tanto da promessa solene como do processo sequencial, e condena o autor a pagar a soma mencionada na contra estipulação’.

O segundo processo reside na sujeição ao julgamento por um árbitro. Gaius [G. IV, 164] relata que se o demandado deseja submeter o litígio a um árbitro deve fazê-lo ainda na presença do pretor, sob pena do processo prosseguir até ao fim [G. IV, 165] segundo a tramitação comum, com a emissão da *sponsio* e *restipulatio*.

Emitida a fórmula arbitral pelo pretor, o litígio fica submetido a um juiz. Se o demandado, condenado pelo juiz a entregar a coisa, o faz ‘sem resistência’, dá-se a absolvição, nada mais sendo devido [G. IV, 163]. Caso recuse entregar a coisa ao seu oponente, fica sujeito a pagar o valor atribuído à coisa no processo interdital [G. IV, 163].”

Seguro é que visava restituir a posse em casos de esbulho violento⁴⁸² de coisas imóveis⁴⁸³ públicas ou privadas⁴⁸⁴⁻⁴⁸⁵. A expulsão (*deiectio*) deve resultar de *vi atrox*⁴⁸⁶, não bastando o simples *metum*⁴⁸⁷. “À *deiectio* assimilava-se a *prohibitio* de o [possuidor] voltar a ocupar o *fundus*, cuja posse mantinha *solo animo*”⁴⁸⁸, sendo incontornável que o esbulhado perdesse a posse⁴⁸⁹. O *interdictum* podia ser mobilizada contra quem despojou, contra quem mandou despojar⁴⁹⁰, contra quem ratificou o esbulho⁴⁹¹, contra o *pater* duma família que expulsou outrem da posse⁴⁹², o *dominius* dum escravo⁴⁹³ ou aquele que tem o esbulhador como escravo mesmo que não fosse («*quos loco servorum habemus*»)⁴⁹⁴, já não contra aquele que recebe uma coisa por *traditio* daquele que foi forçado a entregar⁴⁹⁵. Poderia ser cometido contra o possuidor ou contra alguém que o representasse (*servus, procurator,*

⁴⁸² D. 43, 16, 1, pr. e 2.

⁴⁸³ D. 43, 16, 1, 4 a 8.

⁴⁸⁴ D. 43, 16, 1, 2.

⁴⁸⁵ O *interdictum de vi*, como costuma salientar a doutrina (*JUSTO, Direito..., vol. III, pg. 168; BONFANTE, Corso..., vol. III, pg. 357*), é antiquíssimo. Chegam-nos relatos dele através de Cícero, *pro Tullio* 19, 44-45; *De lege agraria.*, III, 3, 11; *pro Caecina*, 30, 28, 31, 91; G. IV, 154; a versão que nos chega pelo D. 43, 16, 1 pr.; é manifestamente interpolada, os compiladores fundiram as palavras iniciais do interdito com o conteúdo da *actio in factum* (“resulta spiccatamente dalla chiusa finale *de eo... iudicium dabo*, invece dell’imperativo *eo resitutas*” – *BONFANTE, Corso..., vol. III, pg. 358*, ver também *LENEL, Das Edictum Perpetuum, tit. XLIII, §245, pg. 462; VIEIRA, A posse, pg. 111-112*).

⁴⁸⁶ D. 43, 16, 1, 3; D. 43, 16, 1, 28 e D. 4, 2, 3, 1.

⁴⁸⁷ D. 43, 16, 3, 6 e 7; P. S. 5, 6, 4; aparentemente, pelo que nos chega do D. 43, 16, 1, 29, o tema foi controvertido: «O mesmo Labeo diz que aquele, com medo da turbacão, apavorado foge, se considera despojado. Mas Pomponio diz que não há violência sem violência corporal; eu creio que, aquele que fugiu por dirigir-se-lhe outros, se violentamente ocuparam-lhe a posse, considere-se despojado» («*Idem Labeo ait eum, qui metu turbae perterritus fugerit, vi videri deiectum. Sed Pomponius ait vim sine corporali vi locum non habere, ergo etiam eum, qui fugatus est supervenientibus quibusdam, si illi vi occupaverunt possessionem, videri vi deiectum*»). Esta controvérsia é dissecada em *BONFANTE, Corso..., vol. III, pg. 362-364*; sobre o que se deve entender por *metum*: D. 4, 2, 9 pr.

⁴⁸⁸ *JUSTO, Direito..., vol. III, pg. 169*; cfr. D. 41, 2, 6, 1 e D. 43, 16, 3, 8.

⁴⁸⁹ D. 43, 16, 1, 23 e 45. E já não que o expulsor possua atual ou anteriormente, basta a expulsão (D. 43, 16, 1, 42; D. 41, 2, 22), neste sentido *BONFANTE, Corso..., vol. III pg. 361. JUSTO, Direito..., vol. III, pg. 169*; afirma, contrariamente, “no caso de um *fundus*, devia ser efectivamente ocupado pelos agressores”, mas não julgamos os fragmentos invocados pelo autor (D. 4, 2, 9 pr.; D. 43, 16, 3, 6 e 7) suficientes para justificar a posição. O que, ao nosso ver, pode sustentar uma melhor defesa é o D. 43, 16, 3, 7; todavia, dada analogia da fatispécie com o fragmento anterior, o caso é provavelmente uma exceção à regra da não concessão do interdito em caso de simples *metus* (devido aos eventos supervenientes que comprovaram o fundamento deste medo) do que uma consagração da exigência de ocupação. Sendo que neste caso, saindo da posse por medo ou aguardando o despojo, o resultado seria o mesmo, o direito (depois de comprovado que os sujeitos armados iam com a intenção de despojar) prescinde do requisito da *vi atrox*.

⁴⁹⁰ D. 43, 16, 1, 12 e 13.

⁴⁹¹ D. 43, 16, 1, 14

⁴⁹² D. 43, 16, 1, 15

⁴⁹³ D. 43, 16, 1, 16. Nestes casos havia a possibilidade da *noxae deditio* (D. 43, 16, 1, 15).

⁴⁹⁴ D. 43, 16, 1, 18.

⁴⁹⁵ D. 43, 16, 5.

colonus)⁴⁹⁶, porque pode ser despossado «*qui possidet, sive civiliter sive naturaliter*»⁴⁹⁷. Já não haveria tutela interdital no caso do possuidor ser expulso e sua família não («*si quis me vi deiecerit, meos non deiecerit*») uma vez que «*per eos retineo possessionem*»⁴⁹⁸. Este *interdictum* competia aos herdeiros e demais sucessores⁴⁹⁹, devendo ser expedido no prazo de um ano útil contado a partir do momento da expulsão violenta⁵⁰⁰ (depois do deste prazo era concedida uma *actio in factum*⁵⁰¹ contra o esbulhador ou seu herdeiro). Além da *res immobile* esbulhada deveriam ser restituídas outras coisas móveis que estivessem no local no momento da expulsão⁵⁰² e os frutos percebidos e *percipiendi*⁵⁰³, sendo o *deiiciens* responsável pela perda fortuita destas⁵⁰⁴. A *condenatio* devia ainda ter em conta as utilidades das coisas de que fora privado o *diectus*⁵⁰⁵ ou seja deveria ser condenado pelo «*quanti intersit possidere*»⁵⁰⁶ para que o autor fosse posto na mesma situação em que estava quando foi despojado («*pristina enim causa restitui debet, quam habiturus erat, si non fuisset diectus*») ⁵⁰⁷. Por fim, importa lembrar que no direito clássico este *interdictum* continha (como os *interdicta retinendae possessionis*) a *exceptio vitiosae possessionis*⁵⁰⁸.

- b) *Interdictum de vi armata*: é uma especificação do *interdictum de vi cottidiana*. Provavelmente surgiu na época de Cícero no contexto de guerra civil⁵⁰⁹, por isso vale quase tudo que foi dito sobre o interdito anterior, limitamo-nos a indicar as diferenças. Primeiramente, e como indica o nome, este interdito tutelava apenas a

⁴⁹⁶ D. 43, 16, 1, 22.

⁴⁹⁷ D. 43, 16, 1, 9.

⁴⁹⁸ D. 43, 16, 1, 45.

⁴⁹⁹ D. 43, 16, 1, 44.

⁵⁰⁰ D. 43, 16, 1 pr.; D. 43, 16, 1, 39.

⁵⁰¹ F. V. 312; também concedida aos libertos contra os patronos e aos filhos contra os genitores (D. 43, 16, 1, 43; D. 43, 16, 3, 1). O limite que aparece em D. 43, 1, 4; -43, 16, 1, 48; -43, 16, 3, 12; -43, 16, 3, 18; -43, 16, 9 pr.; C. 8, 4, 2 ao valor que o esbulhador (ou seu herdeiro) ganhou com o esbulho («*quod ad eos pervenit*») é provavelmente justinianeia (cfr. BONFANTE, *Corso...*, vol. III, pg. 365; JUSTO, *Direito...*, vol. III, pg. 169, nota 23).

⁵⁰² D. 43, 16, 1, 32; -33 e 34.

⁵⁰³ D. 43, 16, 1, 40.

⁵⁰⁴ D. 43, 16, 1, 35; -43, 16, 19.

⁵⁰⁵ D. 43, 16, 1, 41.

⁵⁰⁶ D. 43, 16, 6.

⁵⁰⁷ D. 43, 16, 1, 31.

⁵⁰⁸ PEROZZI, *Istituzioni...*, pg. 874; BONFANTE, *Corso...*, vol. III, pg. 358; SCHULZ, *Classical...*, pg. 448; KASER, *Derecho...*, pg. 99 (este último A. afirma que “la *exceptio vitiosae possessionis*, fue suprimida en el Derecho postclásico”); JUSTO, *Direito...*, vol. III, pg. 170.

⁵⁰⁹ BONFANTE, *Corso...*, vol. III, pg. 358.

violência armada⁵¹⁰, considerava-se *arma* também armas impróprias como bastões e pedras⁵¹¹, mas não era preciso que estas fossem efetivamente utilizadas⁵¹². Como o escopo deste interdito era de reprimir mais intensamente a violência armada ele não continha a *exceptio vitiosae possessionis*⁵¹³ nem a *exceptio anualis*⁵¹⁴, todavia, continha a *exceptio de vi armata*⁵¹⁵. Uma última diferença encontra-se na concessão do *interdictum de vi armata* aos libertos contra os patronos e aos filhos contra os genitores^{516, 517}.

IV. *In bonis habere*

Bona significa património ou elemento do património. *In bonis habere*, portanto, é utilizado para dizer que há um direito patrimonial ou de gozo⁵¹⁸. Quando se trata de um direito real refere-se a uma certa utilidade sobre a coisa (*usus fructus, usus, iter...*) ou se diz que se tem a coisa dentro da característica da atribuição (*fondo vettigale, usufruttuario, superficiario...*). É apenas quando se trata do direito de propriedade que se tem a coisa *in bonis*, podendo o titular exercer sobre ela todas as faculdades juridicamente possíveis. *In bonis* é expressão análoga ao *pertinere* referido a coisa ou à expressão *res mea est*^{519, 520}.

Todavia, no desenho que nos ocupa apenas consideraremos o *in bonis habere* enquanto construção pretória análoga ao *dominium* para desta forma nos facilitar as aproximações e distâncias devidas.

⁵¹⁰ D. 43, 16, 3 pr. e 4.

⁵¹¹ D. 43, 16, 3, 2.

⁵¹² D. 43, 16, 3, 3 e 5.

⁵¹³ G. IV, 155.

⁵¹⁴ D. 43, 16, 3, 1

⁵¹⁵ D. 43, 16, 3, 9: «*Eum igitur, qui cum armis venit, possumus armis repellere, sed hoc confestim, non ex intervallo, dummodo sciamus non solum resistere permissum, ne deiciatur, sed et si deiectus quis fuerit, eundem deicere non ex intervallo, sed ex continenti.*» Ou seja, não só resistir ao espólio armado era permitido, mas também com armas espoliar quem tenha antes despojado com armas. Mais obscuro é a concretização do «*non ex intervallo, sede ex continenti*», uma vez que não nos chegam relatos do que seria *ex continenti*, pela nossa leitura parece que o esbulhado deveria seguidamente depois de expulso buscar armas e retomar sua posse e só assim agiria *ex continenti*. No sentido de também reconhecer esta *exceptio* no direito romano clássico BONFANTE, *Corso...*, vol. III, pg. 358.

⁵¹⁶ D: 43, 16, 1, 43.

⁵¹⁷ Para uma refutação da ideia que o *interdictum de vi armata* era concedido, não só aos possuidores, mas também aos meros detentores, vide BONFANTE, *Corso...*, vol. III., pg. 358-359; esta ideia é aceite por VIEIRA, *A posse*, pg. 115.

⁵¹⁸ I. 2, 12 pr.; D. 23, 3, 75; -37, 6, 1, 11 e 12; -37, 6, 2, 1; -37, 6, 3, 2; -37, 6, 4; -37, 7, 1, 9; -42, 5, 28.

⁵¹⁹ D. 21, 2, 16, 2.

⁵²⁰ Seguimos BONFANTE, *La «possessio civilis» e la «possessio naturalis»*, pg. 563-564

Vejam os casos de manifestação do instituto.

1. *Res Mancipi* alienada sem o uso de ato solene

É consensual que no direito romano clássico a propriedade das *res nec Mancipi* se transmitia por *traditio* ou *in iure cessio* e que a propriedade das *res Mancipi* por *mancipatio* ou *in iure cessio*. Mas o que acontecia no caso de alguém, depois de celebrada a *emptio venditio*, entregar (*tradere*) a *res Mancipi* objeto do contrato de compra e venda⁵²¹? Seríamos compelidos a dizer que a propriedade não se transmite (transmite-se somente a posse), todavia, esta solução fica longe de ser satisfatória. Assim, se o *venditor* realiza uma segunda *emptio venditio* da mesma *res* e depois um dos atos formais de transferência da propriedade a propriedade transferir-se-ia ao segundo adquirente. Acontece que o pretor (sempre movido pela justiça e pelo incansável desejo de *suum cuique tribuere*) tutelou muitas destas situações desprotegidas pelo *ius civile*. No caso em questão, através da propriedade pretória⁵²² (domínio bonitário, *in bonis habere* ou *in bonis esse*).

Importa distinguir duas situações em que poderia se encontrar o comprador não *dominum ex iure Quiritium*; ele podia ter a coisa em sua posse ou podia a ter perdido (para o *dominus* ou qualquer outra pessoa). Tendo mantido a posse, no caso de o vendedor intentar uma *rei vindicatio*, o pretor concedia (baseada na sua *iurisdictio*) ao comprador a *exceptio*⁵²³

⁵²¹ Este caso aparece em G. II, 40-41. Sobre a problemática divisão do *dominium* que aparece no texto (e também em G. II, 54) cfr. JUSTO, *Direito...*, vol. III, pg. 25, nota 2; BONFANTE, *Corso...*, vol. II sez. II, pg. 315; Pietro BONFANTE, *Sul cosiddetto dominio bonitario e in particolare sulla denominazione "in bonis habere"*, em *Scritti Giuridici Varii II (proprietà e servitù)*, Torino, Unione tipografico-editrice torinese, 1918, pg. 370-372; BRASIELLO, *Corso...*, pg. 119-121; VOLTERRA, *Istituzioni...*, pg. 384-385; G. LONGO, *Corso...*, pg. 241; TALAMANCA, *Istituzioni...*, pg. 389; DEGENEFFE, *Propietas, possessio y actio Publiciana*, pg. 275-296.

⁵²² Sobre a propriedade bonitária nos casos de compra e venda no período clássico vide CURA, *O fundamento romanístico...*, pg. 79-80.

⁵²³ “É uma clausula concedida diretamente a favor do demandado, que inutiliza a pretensão do demandante.” – CRUZ, *Direito Romano*, pg. 336.

*rei venditae et traditae*⁵²⁴⁻⁵²⁵, paralizada a pretensão do reivindicante o possuidor mantinha sua posse até, decorrido o prazo estabelecido na Lei das XII Tábuas, usucapir (tornando-se titular do *dominum ex iure Quiritium*)⁵²⁶. No outro caso (depois de entregue a *res* o *emptor* ter perdido sua posse), o pretor concedia ao *emptor* uma *actio ficticia*, a *actio Publiciana*⁵²⁷, sobre ela nos fala Santos Justo⁵²⁸: “provavelmente criada pelo pretor *Quintus Publicius* no ano de 67 a.C.⁵²⁹, permitia ao adquirente (por simples *traditio*) demandar quem, entretanto, se tivesse apoderado da *res*. Se o demandado fosse o *dominus ex iure civili* e opusesse a *exceptio iusti domini*⁵³⁰, o demandante opor-lhe-ia a *replicatio*⁵³¹ *rei venditae et traditae*⁵³². Era uma *actio ficticia*⁵³³, na qual o pretor ordenava ao juiz que julgasse fingindo decorrido o tempo necessário para a *usucapio*.”⁵³⁴

⁵²⁴ D. 21, 3, 1 pr. – “Escreve Marcelo, que se tivesses vendido um fundo alheio e depois pedires, com razão há de ser repellido com esta exceção.” («*Marcellus scribit, si alienum fundum vendideris et tuum postea factum petas, hac exceptione recte repellendum.*»)

D. 21, 3, 3 pr. – «A exceção de coisa vendida e entregue aproveitará não somente aquele a quem foi entregue a coisa, mas também aos seus sucessores, e ao segundo comprador, mesmo que coisa não tenha sido entregue a este, porque interessa ao primeiro comprador que do segundo a coisa não seja reivindicada.» («*Exceptio rei venditae et traditae non tantum ei cui res tradita est, sed successoribus etiam eius et emptori secundo, etsi res ei non fuerit tradita, proderit: interest enim emptoris primi secundo rem non evinci.*»)

D. 44, 1, 20 – “Se opõem as exceções ou porque se fez o que se devia fazer, ou porque se fez o que não se devia fazer, ou porque não se fez o que se devia fazer. Porque, se fez o que se fazer, se dá a exceção de coisa vendida e entregue...” («*Exceptiones opponuntur aut quia factum sit quod fieri oportet aut quia factum sit quod fieri non oportuit, aut quia factum non sit quod fieri debuerat. Quia factum est, quod fieri oportuit, datur exceptio rei venditae et traditae...*»)

⁵²⁵ Vide Pietro BONFANTE, *Sulla «exceptio rei venditae et traditae», em Scritti Giuridici Varii II (proprietà e servitù), Torino, Unione tipografico-editrice torinese, 1918.*

⁵²⁶ Na hipótese do vendedor (não proprietário *ex iure Quiritium*) transferir a coisa por *traditio* e, posteriormente, (uma vez adquirida qualidade de *dominus*) reivindicasse a *res*, o comprador era tutelado pela *exceptio doli* (D. 21, 2, 17 – vide ALVES, *Direito...*, pg. 295; IGLESIAS, *Derecho...*, pg. 296).

⁵²⁷ D. 6, 2, 3, 1; -6, 2, 7, 16; -6, 2, 13 pr.

⁵²⁸ JUSTO, *Direito...*, vol. III, pg. 26.

⁵²⁹ I. 4, 6, 4.

⁵³⁰ D. 6, 2, 16 – «*Exceptio iusti domini publicianae obicienda est.*»

⁵³¹ D. 44, 1, 2, 1 e 2 – “As réplicas não outra coisa senão exceções que provém da parte do autor, que são certamente necessárias para excluir as exceções; porque sempre se opõe a réplica para isto, para impugnar exceções. Há de ter em conta, que toda exceção ou réplica é exclusiva, a exceção exclui o autor, e a réplica o réu.” («*Replicationes nihil aliud sunt quam exceptiones, et a parte actoris veniunt: quae quidem ideo necessariae sunt, ut exceptiones excludant: semper enim replicatio idcirco obicitur, ut exceptionem oppugnet. Illud tenendum est omnem exceptionem vel replicationem exclusoriam esse: exceptio actorem excludit, replicatio reum.*»)

⁵³² Se a aquisição tivesse uma origem distinta da compra e venda funcionava a *replicatio doli* – JUSTO, *Direito...*, vol. III, pg. 26; D’ORS, *Derecho...*, pg. 254; IGLESIAS, *Derecho...*, pg. 175; KASER, *Derecho...*, pg. 103.

⁵³³ “Se o pretor para aplicar a justiça, finge como existente uma coisa ou um facto que se sabe não existir, ou finge como não-existente uma coisa ou um facto ou até um negócio que se sabe que existe” – CRUZ, Sebastião Costa, *Direito Romano*, ob. cit., pg. 337.

⁵³⁴ D’ORS, *Derecho...*, pg. 254; refere que a *Publiciana* está a disposição também daqueles que adquiriram a *non domino* (D. 6, 2, 1 pr.; -6, 2, 7, 11) – não se considera *non dominus* o credor pignoratício que vende *iure pignoris*, exceto se vendeu em infração à disposição legal, como o caso do *sc. Valleianum* – D. 16, 1, 32, 1. O romanista espanhol também discorre sobre algumas possibilidades que poderiam advir: a) a possibilidade de

A este caso (provavelmente originário⁵³⁵) juntaram-se outros em que o adquirente, ignorado pelo *ius civile*, carecia de tutela.

2. *Bonorum possessio*

Para determinar quem seria o possuidor da herança nos litígios a ela relativos e, que ficaria numa situação processual mais vantajosa, o pretor criou a *bonorum possessio iuris civilis confirmandi gratia* (que confirmava o *ius civile*)⁵³⁶ que foi seguida pela *bonorum possessio iuris civilis supplendi gratia* (que suprime lacunas do *ius civile*)⁵³⁷ e pela *bonorum possessio iuris civilis emendandi vel impugnandi vel corrigendi gratia* (que contrariam preceitos do *ius civile*)⁵³⁸⁵³⁹. Inicialmente, nos casos em que eram distintas as pessoas chamadas à herança pelo *ius civile* e as pessoas em que caía a *bonorum possessio*, havia a possibilidade dos herdeiros reclamarem a herança daquele que a recebeu através da *hereditatis petitio* (nestes casos fala-se de *bonorum possessio sine re*). Depois o magistrado

duas pessoas terem comprado separadamente ao mesmo vendedor, caso em que prevalece o primeiro que recebeu por *traditio* (*prior in tempore, potior, in iure*); b) a possibilidade do vendedor, depois de entregar a coisa a comprador e tendo recuperado a posse da coisa, a entregar a outro comprador, caso em que prevalece a *traditio* anterior, desde que estivesse pago o preço (este requisito do preço aparece em D. 6, 1, 72; -21, 3, 2; -44, 4, 4, 32; porém, Vieira Cura identifica a origem deste requisito na época pós-clássica – muito depois da introdução da *actio Publiciana* – sua assimilação pela doutrina resulta clara da comparação entre PS. II, 17, 13(14) e Int. a PS. II, 17, 13(14) – vide CURA, *O fundamento romanístico...*, pg. 91; e também no sentido da não necessidade do pagamento do preço para o exercício da publiciana, apoiando-se no D. 6, 2, 8; BONFANTE, *Corso...*, vol. II sez. II, pg. 336), mesmo que a primeira entrega tenha sido feita quando o vendedor não era proprietário (pois se considera que a primeira *traditio* foi convalidada, *a posteriori*, mas ainda antes da segunda entrega ou mesmo *mancipatio*); c) a hipótese de duas pessoas terem comprado a mesma coisa ao vendedor *non domino*, caso em que prevalece a primeira *traditio* (D. 19, 1, 32, 2); d) o caso de duas pessoas terem comprado separadamente de dois não proprietários, caso em que prevalece o possuidor demandado (D. 6, 2, 9, 4; -50, 17, 128 pr.).

⁵³⁵ Neste sentido JUSTO, *Direito...*, vol. III, pg. 26; vide ALVES, *Direito...*, pg. 295-296; VOLTERRA, *Istituzioni...*, pg. 382; G. LONGO, *Corso...*, pg. 242. BONFANTE (*Sul cosiddetto dominio bonitario*) observa que a maior parte dos casos de *in bonis habere* podem ser anteriores ao caso da *res mancipi* alienada sem o uso da forma solene e que o caso de *bonorum possessio* tem uma aplicação não menos vasta e fundamental.

⁵³⁶ É a tese de Paul-Frédéric GIRARD, *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, 5ª ed., Paris, A. Rousseau, 1911, pg. 796; subscrevem a esta tese D'ORS, *Derecho...*, pg. 332; IGLESIAS, *Derecho...*, pg. 394; KASER, *Derecho...*, pg. 303; BONFANTE, *Istituzioni...*, pg. 573; VOLTERRA, *Istituzioni...*, pg. 732. Sobre as teorias sobre sua origem vide António dos Santos JUSTO, *Direito privado romano – V (direito das sucessões e doações)*, STVDIA IVRIDICA 97, Coimbra editora, Coimbra, 2006, pg. 16-17.

⁵³⁷ É o caso da ausência de herdeiros civis, onde são chamados os parentes cognatos do *de cuius* ou, na ausência também destes (ou na hipótese de estes não terem requerido no prazo), o cônjuge sobrevivente.

⁵³⁸ Por ex., nos casos em que havia filhos emancipados do *de cuius*, onde o pretor concedia a *bonorum possessio unde vi* a estes em conjunto com os herdeiros segundo o *ius civile*.

⁵³⁹ A *bonorum possessio* também pode ser dividida conforme estivesse em conformidade com o testamento (*bonorum possessio secundum tabulas*), ocorresse na falta de testamento (*bonorum possessio sine tabulis* ou *ab intestato*) ou fosse contra o disposto em testamento (*bonorum possessio contra tabulas*). Outra divisão contrapõe as *bonorum possessiones edictales* e *decretales*; as primeiras constavam no Edicto, as segundas não. Vide D'ORS, *Derecho...*, pg. 332; JUSTO, *Direito...*, vol. V, pg. 21-24.

passa a tutelar aquele que recebeu a herança através da *bonorum possessio* mesmo contra os herdeiros (*bonorum possessio cum re*⁵⁴⁰), seja através da *denegatio actionis*⁵⁴¹, seja facultando ao *bonorum possessor* a *exceptio doli* para rebater a *hereditas petitio*⁵⁴², seja utilizando o *interdictum quorum bonorum* para entrarem na posse dos *bona*⁵⁴³ ou ainda concedendo uma *actio ficticia* onde o *iudex* julgaria como se o *bonorum possessor* fosse herdeiro^{544, 545}.

Contudo, como o pretor não podia “fazer *heres* quem o não é”⁵⁴⁶ (*praeter heredes facere non potest* – G. III, 32) restam algumas diferenças entre a posição do *bonorum possessor* e do *heres* (além da evidente situação do segundo adquirir a propriedade quiritária e o primeiro a propriedade bonitária): a) o *bonorum possessor* não adquire o *dominium ex iure Quiritium*, apenas a *possessio* tutelada pela *Publiciana* que lhe permite aceder àquela por *usucapio*; b) goza dos *interdicta quorum bonorum*⁵⁴⁷ e *quod legatorum*⁵⁴⁸ contra o herdeiro (ou possuidor) e contra o legatário, respetivamente; c) o *bonorum possessor* dispõe contra os devedores do *de cuius* de ações úteis, enquanto o *heres* se vê tutelado por ações diretas⁵⁴⁹; d) o *bonorum possessor* apenas obtém a posse dos bens da herança se fizer o requerimento ao magistrado dentro do prazo de cem dias, enquanto o *heres* adquire *ipso iure* ou mediante uma declaração de vontade que não está sujeita a prazo; e) a *bonorum possessio* pode ser obtida por representante, já o *heres* não pode ser representado na aquisição.⁵⁵⁰

Por fim, como advertem alguns autores⁵⁵¹, o objeto da *bonorum possessio* era um complexo de direitos, concebidos como uma única *res*, uma *universitas* composta de coisas

⁵⁴⁰ Segundo D’Ors (*Ibid.*, pg. 333) a terminologia «*cum re*» e «*sine re*» é própria de Gaius, cfr. G. II, 148; -III, 35-37.

⁵⁴¹ D. 50, 17, 102, 1. Neste sentido IGLESIAS, *Derecho...*, pg. 395 e, sobre a *denegatio actionis* no processo formulário, Antonino METRO, *La «denegatio actionis»*, Dott. A. Giuffrè editore, Milão, 1972, pg. 65-173.

⁵⁴² G. II, 120. A utilização da *denegatio actionis* ou da *exceptio* dependeria da necessidade de haver apuramento da ocorrência de um facto, nestes casos seria concedida a última (METRO, *La «denegatio actionis»*, pg. 81).

⁵⁴³ G. III, 34; -IV, 144.

⁵⁴⁴ G. IV, 34. Vide JUSTO, *Direito...*, vol. III, pg. 27; o mesmo A. em A «*Fictio Iuris*», pg. 4; nos fala sobre o caso da “locução *loco... esse* seguida de genitivo que ora é vista ora é negada como reveladora de ficção” (a indiscutível ficção contida nesta passagem das Instituições de Gaius é analisada em *Ibid.*, pg. 27).

⁵⁴⁵ Outra forma de tutela era o *interdictum quod legatorum* (D. 43, 3); vide D’ORS, *Derecho...*, pg. 333.

⁵⁴⁶ JUSTO, A «*Fictio Iuris*»..., pg. 27.

⁵⁴⁷ D. 43, 2.

⁵⁴⁸ D. 43, 3.

⁵⁴⁹ Sobre a contraposição ações úteis/ações diretas vide JUSTO, *Direito...*, vol. I, pg. 256-258; ALVES, *Direito...*, pg. 243; D’ORS, *Derecho...*, pg. 135; IGLESIAS, *Derecho...*, pg. 131; BONFANTE, *Istituzioni...*, pg. 117; SCIALOJA, *Procedura...*, pg. 339-340; VOLTERRA, *Istituzioni...*, pg. 228; TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, pg. 318; SCHULZ, *Classical...*, pg. 31-32

⁵⁵⁰ Vide JUSTO, *Direito...*, vol. V, pg. 18-19; ALVES, *Direito...*, pg. 711-712.

⁵⁵¹ D’ORS, *Derecho...*, pg. 332; e VOLTERRA, *Istituzioni...*, pg. 735.

corpóreas e incorpóreas (*corpora e iura*), de ativos e passivos⁵⁵² e configurada como um *nomen iuris*⁵⁵³. Portanto, *possessio* deve ser aqui compreendido não no sentido corpóreo, uma vez que a herança pode ser constituída apenas de coisas incorpóreas⁵⁵⁴, mas no sentido em que os pós-clássicos falam de *possessio iuris*.

3. *Bonorum venditio*⁵⁵⁵

Consistia na venda do património do devedor com o fim de satisfazer seus credores. Este processo executivo⁵⁵⁶ era ordinariamente concursal⁵⁵⁷, mas nada impedia que houvesse apenas um credor. Acredita-se que tenha sido introduzido pelo pretor Rutilius Rufus no ano 118 a.C.⁵⁵⁸ com a finalidade de tutelar o litigante vitorioso quando “a execução pessoal se tornasse impossível por fuga ou ocultação do vencido.”⁵⁵⁹

Num primeiro momento o pretor teria se limitado a atribuir os bens do devedor executado ao credor que não comparecesse na fase *in iure*⁵⁶⁰, mas não autorizava a sua venda (*missio in possessionem rei servandae causa*); posteriormente concedeu a faculdade do credor vender estes bens para se ressarcir⁵⁶¹. No Edicto perpétuo a *bonorum possessio* é concedida em sete situações: a) no caso de alguém ser condenado por sentença (*iudicatus*); b) confessar uma dívida pecuniária de quantia certa (*certae pecuniae confessus*); c) não se defender (*indefensus*)⁵⁶²; d) fazer cessão dos seus bens (*bonorum cessio*) para evitar a *infamia* que a

⁵⁵² D. 37, 1, 1; -37, 1, 3 pr. -2.

⁵⁵³ D. 50, 16, 119 e 208.

⁵⁵⁴ D. 5, 3, 50 pr.

⁵⁵⁵ Sobre a relação da *bonorum venditio* com a *bonorum sectio* (figura homóloga do direito público), vide António dos Santos JUSTO, *A execução: pessoal e patrimonial (Direito Romano)*, em *O Direito, ano 125 – 1993, Lisboa, Editora Internacional*, pg. 287, nota 30; e JUSTO, *Direito...*, vol. I, pg. 383.

⁵⁵⁶ “que consiste na tomada de posse, decretada pelo magistrado, de todos os bens que integram o património do devedor e na sua venda em hasta pública.” – JUSTO, *Direito...*, vol. I, pg. 383.

⁵⁵⁷ D’ORS, *Derecho...*, pg. 175.

D. 41, 1, 61 – “*In iudicati actione non prius ratio haberi debet eius, cui prior reus condemnatus fuerit.*”

⁵⁵⁸ JUSTO, *Direito...*, vol. I, pg. 383; ALVES, *Direito...*, pg. 240; VOLTERRA, *Istituzioni...*, pg. 238. Pode-se encontrar a crítica a este entendimento em JUSTO, *A execução...*, pg. 288-289.

⁵⁵⁹ JUSTO, *Direito...*, vol. I, pg. 383.

⁵⁶⁰ Fase destinada a determinar, com variados meios e pressupostos de fato e de direito, a disputa a ser submetida ao *iudex* na fase *in iudicio*, cfr. JUSTO, *Direito...*, vol. I, pg. 289-301 (nas *legis actiones*) e 342-357 (processo formulário); ALVES, *Direito...*, pg. 204-205 (nas *legis actiones*) e 229-233 (no processo formulário); D’ORS, *Derecho...*, pg. 145-158; IGLESIAS, *Derecho...*, pg. 133 e 142; SCIAOJA, *Procedura civile romana*, pg. 145-201; VOLTERRA, *Istituzioni...*, pg. 215-222

⁵⁶¹ JUSTO, *Direito...*, vol. I, pg. 383.

⁵⁶² VOLTERRA, *Istituzioni...*, pg. 238; parece entender que estes três casos foram aqueles que primeiramente estimularam a criação desta figura por Rutilius Rufus, ideia análoga aparece implícita no pensamento de Santos Justo quando o A. agrupa estas situações em *Direito privado romano – I*, pg. 383-384; porém divide-as em 7 na sua *A execução...*, pg. 289-290.

bonorum venditio causava (faculdade concedida pela *Lex Iulia de bonis cedendis* de 17 a.C.); e) se ocultar para impedir a *in ius vocatio*⁵⁶³ (*qui fraudationis causa latitabat*); f) não ter nomeado procurador para o defender na eventualidade de estar ausente (*qui absens, iudicio defensus non fuerit*); g) morrer sem herdeiro (*cui heres non extabit*).

O procedimento se iniciava com o pedido apresentado ao pretor por um dos credores (ou pelo próprio devedor caso desejasse fazer a *bonorum cessio*) para a concessão da *missio in possessionem rei servandae causa*. Havendo vários credores, era nomeado um *curador bonorum*⁵⁶⁴ para atuar como administrador provisório. A notificação da *missio* deveria ser feita através da afixação de anúncios públicos nos locais mais frequentados (*proscriptiones*), de modo a permitir a participação de todos os outros credores no processo de execução ou a intervenção dum amigo do devedor (que poderia se opor à execução ou pagar a dívida). Após 30 (se o devedor estivesse vivo) ou 15 (se estivesse morto)⁵⁶⁵ dias, se as dívidas não tivessem sido pagas, o pretor emitia um segundo *decretum* convidando os credores a reunirem-se e a nomearem um *magister bonorum*, que fazia uma lista do património, indicaria numa proclamação (*lex venditionis*) as condições da venda, o ativo e o passivo do património, enumeraria os créditos privilegiados e determinaria as garantias a prestar pelo comprador. Após 10 ou 5 dias⁵⁶⁶ (dependendo se o devedor estivesse vivo ou morto, respectivamente) o *magister* vendia os bens em bloco em leilão, que eram adjudicados ao licitante com a melhor oferta^{567 568}.

⁵⁶³ Ordem dada pelo autor e dirigida ao demandado, solenemente solicitando que este o acompanhasse ao magistrado – *JUSTO, Direito...*, vol. I, pg. 289.

⁵⁶⁴ Este era nomeado “*ex consensu maioris partis creditorum*” – D. 42, 7, 2 pr.

⁵⁶⁵ “Durante este prazo, o devedor podia pagar a dívida ou opor-se à execução. Se nada fizesse, seria declarado falido (*fraudator*) e sofria a nota de *infamia* (a menos que tivesse feito a *cessio bonorum*). E tornando-se suspeito de ter praticado a insolvência e a delapidação dos seus bens (*dococtor*), não podia intervir em nenhum outro litígio sem prestar a *cautio iudicatum solvi* (G. IV, 102)” – *JUSTO, Direito...*, vol. I, pg. 384-385.

⁵⁶⁶ *JUSTO, Direito...*, vol. I, pg. 385 (também *JUSTO, A execução...*, pg.294); fala-nos de um prazo de 20 ou 30 para se realizar a venda, contudo, na fonte que se baseia o autor (G. III, 79) é mencionado um prazo total de 40 ou 20 dias no qual a venda judicial deveria ser realizada (isto é, 30 + 10 no caso do devedor estar vivo e 15 + 5 no caso de estar morto).

⁵⁶⁷ No caso de ofertas iguais há um parágrafo do Digesto (D. 42, 5, 16) que esclarece o modo de proceder: “Quando se vendem os bens de um devedor, na comparação de um estranho ao credor ou cognado, é considerado preferente o credor ou cognado, mais o credor do que o cognado, e entre credores é preferente aquele a quem se deve mais.” («*Cum bona veneunt debitoris, in comparatione extranei et eius, qui creditor cognatusve sit, potior habetur creditor cognatusve, magis tamen creditor quam cognatus, et inter creditores potior is, cui maior pecunia debetur.*»)

⁵⁶⁸ Neste parágrafo acompanhamos de perto *VOLTERRA, Istituzioni...*, pg. 238; mas não descuidamos de *JUSTO, Direito...*, vol. I, pg. 384-386; *JUSTO, A execução...*, pg. 290-294; *ALVES, Direito...*, pg. 240-241; *D’ORS, Derecho...*, pg. 175-176; *IGLESIAS, Derecho...*, pg. 145.

O *bonorum emptor* entra na titularidade dos direitos que assistiam ao devedor executado⁵⁶⁹, adquire a propriedade bonitária das *res corporales* que lhe pertenciam⁵⁷⁰ (assim como o *bonorum possessor* em relação as *res* do *de cuius*⁵⁷¹) gozando dum *interdictum possessorium*⁵⁷², duma *actio in factum* (D. 43, 4, 1, pr.) e também da *actio Publiciana* para proteger sua *possessio*⁵⁷³. Relativamente aos créditos que adquiria do devedor executado, o *bonorum emptor* gozava das mesmas ações que o credor anterior, porém: a) caso devedor executado estivesse vivo, o *bonorum emptor* utilizava a *actio Rutiliana* (onde na *intentio* aparecia o nome do executado e na *condenatio* o nome do *bonorum emptor*) – trata-se duma ação translativa⁵⁷⁴; b) se o devedor executado estivesse morto, o *bonorum emptor* gozava da *actio Serviana* na qual este aparecia como herdeiro do executado – era uma ação fictícia⁵⁷⁵. No caso de haver dívidas mútuas entre devedor falido e seu devedor, o *bonorum emptor* deveria demandar *cum deducitione*⁵⁷⁶.

4. *Adiudicatio nos iudicia quae imperio continentur*

Nas ações divisórias (*actio finium regundorum*⁵⁷⁷ – inicialmente utilizada para dirimir litígios relativos ao cinco pés que deveriam separar os *fundi* rústicos [*limes*] e, na época clássica, usada em qualquer caso relativo a delimitação de *fundi* –, *actio familiae erciscundae*⁵⁷⁸ – ação que dispõe o co-herdeiro para obter a divisão da herança –, *actio communi dividundo*⁵⁷⁹ – ação que permite ao comproprietário ou sócio dividir a coisa comum) “encontramos uma cláusula especial denominada *adiudicatio* em que se outorga ao

⁵⁶⁹ “É um adquirente universal” – JUSTO, *A execução...*, pg. 295.

⁵⁷⁰ *Ibid.*

⁵⁷¹ G. III, 80

⁵⁷² G. IV, 145

⁵⁷³ JUSTO, *A execução...*, pg. 296.

⁵⁷⁴ Estas “caracteriza[m]-se fundamentalmente por uma substituição de pessoas” – JUSTO, *Direito...*, vol. I, pg. 257.

⁵⁷⁵ Ambas as ações estão previstas em G. IV, 35. Sobre a ficção «*si heres esset*» aí contida (comum à *bonorum possessio* e à *bonorum venditio*), vide JUSTO, *A «Fictio Iuris»...*, pg. 28.

Sobre a relação entre estas duas ações JUSTO, *A execução...*, pg. 295; conta-nos que “a *actio Rutiliana* seria a *actio* mais recente: a sua fórmula evidenciava um notável progresso, pois, eliminado a insólita *fictio* (*actio Serviana*) (...) aproximou a situação processual da realidade.”

⁵⁷⁶ D’ORS (*Derecho...*, pg. 177-178) fala de dívidas pendentes entre o *bonorum emptor* e o demandado, todavia, não esclarece se estas dívidas são apenas aquelas que advém da sua posição enquanto *bonorum emptor* ou se poderiam ser dívidas anteriores alheias a *bonorum venditio*. Apenas a primeira hipótese aparece prevista nas fontes (G. IV, 65), também só refere esta possibilidade JUSTO, *Direito...*, vol. I, pg. 387.

⁵⁷⁷ D. 10, 1

⁵⁷⁸ D. 10, 2

⁵⁷⁹ D. 10, 3

juiz a faculdade de atribuir ou adjudicar uma *res* a algum dos litigantes”⁵⁸⁰⁻⁵⁸¹. Por efeito da faculdade de adjudicar outorgado ao juiz, a sentença tem valor simultaneamente condenatório e constitutivo de direitos (por isso, a *adiudicatio* pode ser considerada um dos possíveis modos de aquisição da propriedade⁵⁸²).

Se a *adiudicatio* ocorre-se num *iudicium legitimum* era atribuído o *dominium ex iure Quiritium*, todavia, apenas era *legitimum* o *iudicium* fundado na lei⁵⁸³ que interpõe entre cidadãos romanos, com *iudex unus* (cidadão romano⁵⁸⁴) e que ocorre em Roma ou num raio de uma milha dos muros da cidade. Segundo a *lex Iulia*, se a sentença não for proferida no prazo de 18 meses, caduca o juízo (*mors litis*)⁵⁸⁵. O *iudicium* que não cumprisse um destes requisitos não se baseava na lei, mas no *imperio* do magistrado (*iudicium quod imperio continentur*)⁵⁸⁶, apenas era concedida a propriedade bonitária, colocando o adjudicatário em posição de usucapir, até lá ele era tutelado pelos meios processuais já expostos⁵⁸⁷ (*actio Publiciana*⁵⁸⁸ e *exceptio doli*).

5. *Ductio servi ex noxali causa*

Outro caso de *in bonis habere* seria a autorização dada pelo pretor (*ductio iussu praetor*), nos *iudicia* noxais, àquele que sofreu o dano, para apoderar do escravo alheio que tenha causado o ato danoso ilícito. Acontece que a noxalidade (característica das ações penais⁵⁸⁹)

⁵⁸⁰ JUSTO, *Direito...*, vol. I, pg. 320.

⁵⁸¹ G. IV, 42.

⁵⁸² JUSTO, *Direito...*, vol. I, pg. 321; JUSTO, *Direito...*, vol. III, pg. 93; ALVES, *Direito...*, pg. 315; D'ORS, *Derecho...*, pg. 131; IGLESIAS, *Derecho...*, pg. 188; BONFANTE, *Corso...*, vol. II sez. II, pg. 202; VOLTERRA, *Istituzioni...*, pg. 344-345; G. LONGO, *Corso...*, pg. 227.

⁵⁸³ “El adjetivo *legitimus* quiere decir simplemente «conforme a la ley» – D'ORS, *Derecho...*, pg. 69.

⁵⁸⁴ Ver Franco BONIFACIO, «*Iudiciu, legitimum*» e «*iudicium imperio continens*», em *Studi in onere di Vincenzo Arangio-Ruiz*, vol. II, Napoli, editore Jovene, 1953, pg. 212, nota 17.

⁵⁸⁵ G. IV, 104

⁵⁸⁶ G. IV, 103 e 105. Segundo a doutrina tradicional por não se basear na lei (leia-se, numa qualquer *lex* – cfr. D'ORS, *Derecho...*, pg. 126; SCIALOJA, *Procedura...*, pg. 166-170), contra BONIFACIO, «*Iudiciu, legitimum*» e «*iudicium imperio continens*», pg. 231-232; sustenta que a distinção não emana do fundamento em qualquer lei (uma vez que “abbiamo giudizi regolati de una legge e che ciononostante non sono legitima”), mas apenas na *lex Iulia iudiciorum privatorum* (ou seja, apenas são *legitima* os *iudicia* fundados nesta *lex*) e as diferenças entre as duas formas de juízo (salvo o prazo de 18 meses para a *litis contestatio* expressamente disposta na *lex Iulia*) “sono tute giustificate da una ragione storica: si tratta di regole che erano proprie delle *legis actiones* e che la giurisprudenza há esteso a quei giudizi che, in forza della *lex Iulia*, di esse presero l'esatto posto”.

⁵⁸⁷ D. 10, 2, 44, 1

⁵⁸⁸ D. 6, 2, 7

⁵⁸⁹ Neste sentido JUSTO, *Direito...*, vol. I, pg. 245; António dos Santos JUSTO, *Direito privado romano – II (direito das obrigações)*, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pg. 121; ALVES, *Direito...*, pg. 246; IGLESIAS, *Derecho...*, pg. 312; D'ORS, *Derecho...*, pg. 316-317; KASER, *Derecho...*, pg. 226-227; SCIALOJA, *Procedura...*, pg. 329.

não ocorre apenas quando o autor do dano seja escravo e Bonfante⁵⁹⁰, Volterra⁵⁹¹ e Santos Justo⁵⁹² são categóricos ao referirem-se exclusivamente aos *servi*. É seguro que a possibilidade de entregar o causador do dano (que estava sob a *potestas* do *pater*) ao autor da ação noxal (*noxae deditio*) para evitar o pagamento da multa delitual (ou quase-delitual⁵⁹³) não existiu somente no caso de o ofensor ser escravo, há a possibilidade deste ser *filiusfamilias*⁵⁹⁴ ou animal⁵⁹⁵. No caso de o ofensor ser *filiusfamilias* este não era entregue como escravo, mas como *persona in mancipio*⁵⁹⁶. Olhando para a hipótese do causador do dano ilícito ser um animal, temos maiores dificuldades em explicar sua ausência de referência nas obras que temos seguido. É certo que no Digesto oferece-nos a seguinte definição de ações noxais:

D. 9, 4, 1 – “Chama-se *noxales actiones*, não aquelas que derivam do contrato, mas que pelo dano e delito dos escravos nos são dadas.”⁵⁹⁷

Mas não este tipo de ações não se apresenta tão rigorosamente quanto pode parecer à primeira vista, Gaius fala em termos mais amplos:

G. IV, 77 – “*Omnes autem noxales actiones caput secuntur*”

E, apesar de «*caput*» muitas vezes ser traduzível por «pessoa» ou «homem», neste caso é mais prudente traduzi-lo por «cabeça»; uma vez que as próprias pandectas referem à *noxalis actio* no caso de dano causado por quadrúpede:

⁵⁹⁰ BONFANTE, Corso..., vol. II sez. II, pg. 317. Este A. baseia-se em D. 2, 9, 2, 1; -6, 2, 6; -9, 4, 26, 6 (que considera interpolado).

⁵⁹¹ VOLTERRA, Istituzioni..., pg. 383.

⁵⁹² JUSTO, Direito..., vol. III, pg. 27.

⁵⁹³ Como no caso da *actio contra nautas, caupones, stabularios* (D. 47, 5, 1, 5), vide JUSTO, Direito..., vol. II, pg. 140.

⁵⁹⁴ G. IV, 75; -77; -79

⁵⁹⁵ Como no caso da *actio de pauperie* que responsabilizava o dono pelos danos causados por animais quadrúpedes (D. 9, 1; vide D'ORS, Derecho..., pg. 459-460; KASER, Derecho..., pg. 227).

⁵⁹⁶ JUSTO, Direito..., vol. I, pg. 128-129; IGLESIAS, Derecho..., pg. 313.

⁵⁹⁷ «*Noxales actiones appellantur, quae non ex contractu, sed ex noxa atque maleficio servorum adversus nos instituuntur*»

D. 9, 1, 1, 14 – “Se o animal for comum a muitos, contra cada um será dada *in solidum* a *noxalis actio* (...)”⁵⁹⁸

Não aparenta haver nenhum erro em chamar *noxalis actio* a ação que se dá por conta do dano causado por animal⁵⁹⁹. Contudo, os estudos de Biondi levaram-no a concluir que “per i classici i termini *noxalis* e *noxa* riguardavano la sfera dei delitti degli schiavi e *fili*, nel diritto giustiniano quella terminologia venne estesa anche all’*actio pauperie* (...)”⁶⁰⁰. Assim esta classificação só é válida para o direito justiniano e não surpreende que o Digesto corrobore este entendimento.

E mais... partindo da construção do *dominium* a semelhança da soberania e assim incidindo primeiramente sobre o *fundus* e depois estendida analogicamente as *res mobiles*, parece-nos que a exclusão da aquisição da propriedade do *servo* deve-se também a um (outro) motivo histórico. Nos chega através de Gaius a controvérsia⁶⁰¹ sobre o momento em que os animais de tiro e carga se transformam em *res mancipi* (segundo os sabinianos desde que nascidos e, para os proculeianos, desde que domados ou que tenham idade para ser domados) demonstra um processo de assimilação destas coisas ao catálogo das *res prestigiosae*⁶⁰² mais problemática. Creemos não ser muito arriscado formular a hipótese que à data em que a *ductio servi ex noxale causa* foi reconhecida como uma situação de *in bonis* aquele processo ainda não estivesse plenamente concluso.

Portanto, seja a diferença por conta dum dos casos envolver *res mancipi* e o outro não, ou pelo facto de apenas nos casos de delitos cometidos por escravos e *fili* se falar propriamente no direito clássico em noxalidade (ou que pela comunhão destes dois pontos não subsistiria base para se concluir pelo argumento *a simili* das duas situações) desvela-se justificada uma reconstrução do direito clássico que restrinja este caso de manifestação da *in bonis habere à ductio servi ex noxali causa*.

⁵⁹⁸ «*Demum si commune plurium sit animal, adversus singulos erit in solidum noxalis actio...*»

⁵⁹⁹ Nas fontes justinianas as referências a *noxae deditio* de *filiusfamilias* foram removidas uma vez que esta foi abolida por este imperador (e já havia caído em desuso anteriormente), permitindo a instauração da *actio* contra o *filiusfamilias* (I. 4, 8, 7); vide JUSTO, *Direito...*, vol. I, pg. 121; IGLESIAS, *Derecho...*, pg. 312 (este A. sustenta que o desuso se inicia na época clássica); KASER, *Derecho...*, pg. 227 (este A. sustenta que desuso se deu no séc. IV); Biondo BIONDI, *Sistema della nossalità ed azioni nossali, em Scritti Giuridici III, Milão, Dott. A. Giuffrè editore, 1965, pg. 405.*

⁶⁰⁰ Biondo BIONDI, *Problemi ed ipotesi in tema di actiones noxales, em Scritti Giuridici III, Milão, Dott. A. Giuffrè editore, 1965, pg. 374-375.*

⁶⁰¹ G. II, 15.

⁶⁰² Sobre o referido processo vide GALLO, *Studi...*, pg. 40-59.

6. *Missio in possessionem damni infecti ex secundo decreto*⁶⁰³

“A *cautio damni infecti* é uma garantia em que, por imposição do magistrado, o proprietário⁶⁰⁴ de um imóvel – *aedes* ou *fundus*⁶⁰⁵ – ou o autor de uma obra em curso⁶⁰⁶ (*opus*) promete indenizar o vizinho, se ocorrerem os danos temidos⁶⁰⁷ em consequência de um *vitium aedium, arboris, locis aut operis*.”⁶⁰⁸ “Era, pois, medida tendente a prevenir um dano, ou seja, remédio preventivo contra ameaça de dano, ou impedindo-o, ou assegurando a indenização caso se verificasse”⁶⁰⁹, independente da culpa⁶¹⁰.

O instituto encontra sua *ratio* na superação da antiga *legis actio damni infecti* (pacificamente atribuída a legislação decenviral⁶¹¹) que oferecia uma tutela muito precária num cenário em que a ruína dos prédios⁶¹² e as inundações do Tibre⁶¹³ eram constantes preocupações dos romanos⁶¹⁴. Aquele que teme o *damni infecti* deveria intimar preventivamente o *dominius aedis ruinosae*, a fim de certificar-se da vontade de não prover à reparação⁶¹⁵, depois poderia demandar com respetiva *actio ex delicto*⁶¹⁶ (“sob a forma da *actio sacramentum in personam*”⁶¹⁷). Pela condenação o lesado conseguiria obter uma pena pecuniária que provavelmente consistia numa soma fixa, esta pena seria a sanção de um delito de *non facere* (não prover contra o dano futuro), conseqüentemente era necessário que

⁶⁰³ O caso da *cautio damni infecti* é o único caso de *in bonis habere* em que é dubitável a necessidade ulterior de *usucapio* para adquirir a propriedade, pois a aquisição fundamenta-se na presumida *derelictio* da coisa imóvel – cfr. BONFANTE, *Corso...*, vol. II sez. II, pg. 201.

⁶⁰⁴ Civil, pretório ou quem “tivesse interesse em evitar as consequências resultantes da recusa, pelo proprietário, da prestação da *cautio*” – JUSTO, *As relações de vizinhança...*, pg. 83, nota 46, vide ainda pg. 97 e D. 32, 2, 18 pr. e D. 32, 2, 19, 1.

⁶⁰⁵ “Também ao proprietário de uma árvore podia ser ordenada a prestação de *cautio*, por *vitium arborum*” – *Ibid*, pg. 83 nota 47.

⁶⁰⁶ Sobre estas duas hipóteses abraçadas pela regulamentação da *cautio damni infecti* (*aedes vitiosae* ou *ruinosae* e *facere* [*in suo, in alieno* ou *in publico*]), vide BONFANTE, *Corso...*, vol. II sez. I, pg. 327.

⁶⁰⁷ D. 39, 2, 2 – «*Damnum infectum* é o dano que ainda não ocorreu, que no futuro se verificará.» («*Damnum infectum est damnum nondum factum, quod futurum veremur.*»)

⁶⁰⁸ JUSTO, *As relações de vizinhança...*, pg. 83.

⁶⁰⁹ Moacyr Amaral dos SANTOS, *Cautio damni infecti*, em *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, nº 52, 1957, pg. 224.

⁶¹⁰ D. 39, 2, 18, 4; BONFANTE, *Corso...*, vol. II sez. I, pg. 325; JUSTO, *As relações de vizinhança...*, pg. 95.

⁶¹¹ Neste sentido BONFANTE, *Corso...*, vol. II sez. I, pg. 327-328; BRANCA, *Danno temuto...*, pg. 5; SANTOS, *Cautio damni infecti*, pg. 225.

⁶¹² BRANCA, *Danno temuto...*, pg. 4. Segundo BONFANTE (*Corso...*, vol. II sez. I, pg. 327) a hipótese originária do regulamento do dano temido nas relações de vizinhança é a da *aedes vitiosae* (no mesmo sentido JUSTO, *As relações de vizinhança...*, pg. 92).

⁶¹³ D. 39, 2, 9, 1.

⁶¹⁴ BONFANTE, *Corso...*, vol. II sez. I, pg. 327-328 e JUSTO, *As relações de vizinhança...*, pg. 84.

⁶¹⁵ BRANCA, *Danno temuto...*, pg. 52 e 56; SANTOS, *Cautio damni infecti*, pg. 225.

⁶¹⁶ BONFANTE, *Corso...*, vol. II sez. I, pg. 331-332; BRANCA, *Danno temuto...*, pg. 31-32 e 55; SANTOS, *Cautio damni infecti*, pg. 225.

⁶¹⁷ SANTOS, *Cautio damni infecti*, pg. 225. Vide ainda BRANCA, *Danno temuto...*, pg.52-55.

o perigo fosse efetivo⁶¹⁸. Considerando que a tutela não levava em conta a medida do dano futuro, nem possibilitava ao demandante meios preventivos (uma vez prestada a caução o *dominus* causante do temor poderia permanecer inerte, não sendo concedido ao demandante a possibilidade de interferir no domínio da outra parte para prevenir o dano)⁶¹⁹, o ónus da prova que recaía sobre quem utilizasse da ação, as formalidades procedimentais nas *legis actiones*, a periculosidade do processo para o autor (uma vez que aquele que saísse derrotado no litígio era sempre condenado pecuniariamente⁶²⁰), resulta que a tutela concedida pela antiga *actio* era bastante imperfeita⁶²¹.

Dada a ineficácia da tutela concedida por esta *actio*⁶²², surgiu a praxe de se prestar voluntariamente *cautio* ao vizinho ameaçado de sofrer *damnum infectum*⁶²³. Contudo, se o proprietário da *aedes ruinosa* se negasse a prestar a *cautio* o lesado teria apenas direito a sanção pecuniária (que poderia ser inferior aos danos efetivamente sofridos⁶²⁴), assim, para coagir o *dominus* da *res* ruinosa a prestar a *cautio*, substituiu-se a pena pecuniária pela *missio in possessionem*⁶²⁵.⁶²⁶

No período clássico já vigora a *cautio damni infecti*, apesar de ainda ser possível recorrer a *legis actio damni infecti*, acontece que “já ninguém quer utilizar a *legis actio*, optando por obrigar o adversário mediante a *stipulatio* proposta no *edictum* (do pretor), o que é juridicamente ‘*commodius et plenius*’”.⁶²⁷

⁶¹⁸ BRANCA, *Danno temuto...*, pg. 51-52.

⁶¹⁹ *Ibid.*, pg. 51.

⁶²⁰ “o vencedor do litígio recuperava o dinheiro [aposta que substituiu o antigo juramento – *sacramentum*] que depositara (ou não entregava o valor prometido) e o vencido perdia a *pecunia* depositada (ou entregava o que prometera) em benefício, primeiro, do património sagrado, depois, da *civitas* e, por fim, do vencedor” – JUSTO, *Direito...*, vol. I, pg. 293.

⁶²¹ BRANCA, *Danno temuto...*, pg. 51 e 55.

⁶²² Não podemos deixar de referir que ainda há mais penumbra do que certezas no que toca a estrutura da *legis actio per damnum infectum*. Para uma síntese das principais posições sobre o tema cfr. BONFANTE, *Corso...*, vol. II sez. I, pg. 329-331; JUSTO, *As relações de vizinhança...*, pg. 87, nota 60; e BRANCA, *Danno temuto...*, pg. 3-58. O último A., dada a pobreza de fontes, baseia sua reconstrução do instituto decenviral a partir da análise crítica das diversas teorias e destaca alguns pontos que podem ser assentes como seguros e indiscutíveis:

- a) O antigo meio processual não impunha obrigações de *cavere* ou de *reficere*, pois estas eram contrárias a natureza do domínio quiritário;
- b) Era um meio preventivo destinado a evitar o dano que se temia concretizar;
- c) Não consistia na *legis actio per pignoris capionem* ou na *legis actio sacramenti in rem*.

⁶²³ BRANCA, *Danno temuto...*, pg. 76; SANTOS, *Cautio damni infecti*, pg. 226; JUSTO, *As relações de vizinhança...*, pg. 89.

⁶²⁴ BRANCA, *Danno temuto...*, pg. 85; SANTOS, *Cautio damni infecti*, pg. 226.

⁶²⁵ BRANCA, *Danno temuto...*, pg. 91-95; SANTOS, *Cautio damni infecti*, pg. 226-227.

⁶²⁶ A respeito da discussão sobre a originária introdução no edicto do pretor urbano ou peregrino vide BONFANTE, *Corso...*, vol. II sez. I, pg. 332-338; BRANCA, *Danno temuto...*, pg. 61-66 (este último A. Localiza a introdução do instituto no edicto urbano na segunda metade do séc. I a. C. – pg. 90).

⁶²⁷ G. IV, 31 (tradução de JUSTO, *As relações de vizinhança...*, pg. 86).

A *cautio damni infecti* tem na sua base uma *stipulatio praetoria*⁶²⁸ incerta⁶²⁹ e poderia revestir a forma de *repromissio* ou *satisdatio*⁶³⁰. Nesta estipulação deve ser estabelecido um termo a ser avaliado segundo as circunstâncias (*causa cognita*)⁶³¹; caso contrário o promitente deve chamar o pretor para determinar um prazo razoável para o liberar da obrigação de garante⁶³². E, mesmo não sendo exigível que o dano estivesse plenamente concretizado para mobilizar a ação⁶³³, se o perigo perdurasse para além do prazo fixado poderia ser concedido um prolongamento ou uma renovação⁶³⁴ (ainda assim parece que «muitas vezes se interpõe estipulações pretórias quando, sem culpa do estipulante, deixou de haver caução»⁶³⁵)⁶³⁶. Para cumprir as exigências de celeridade⁶³⁷ quem reclama a *cautio* deve prestar juramento de calúnia⁶³⁸, assim, aquele que reclama a caução não era obrigado a justificar o seu temor nem demonstrar a relação jurídica em que se funda seu direito ameaçado⁶³⁹.

Seus requisitos eram:

⁶²⁸ D. 45, 1, 5, 1 (tradução de CRUZ, *Direito Romano*, pg. 304, nota 366) – «A *stipulatio* é uma geração (conceção) de palavras, com as quais aquele que é interrogado responde àquilo, sobre o que foi interrogado, que há-de dar ou há-de fazer» («*Stipulatio autem est verborum conceptio, quibus is qui interrogatur daturum facturumve se quod interrogatus est responderit.*»)

D. 2, 1, 4 – «Mandar que se de caução por estipulação pretória e pôr em posse, é mais do império que da jurisdição.» («*Iubere caveri praetoria stipulatione et in possessionem mittere imperii magis est quam iurisdictionis.*»).

⁶²⁹ “pois tem em vista a indemnização de danos produzido por um facto futuro e incerto.” – JUSTO, *As relações de vizinhança...*, pg. 90.

⁶³⁰ Por razões meramente processuais, aquele que se apresenta no processo em nome doutro deve prestar *satisdatio* (D. 3, 3, 46, 2; -39, 2, 5; -39, 2, 13 pr.; -39, 2, 15, 25 e G. IV, 101). No caso de *vitium operis* a garantia deve sempre ser prestada *suo nomine* (*repromissio*), exceto os casos de *facere in publico* em que é exigida a *satisdatio* (D. 39, 2, 15, 2; -39, 2, 15, 6; -39, 2, 15, 9; -39, 2, 24 pr.; -39, 2, 30, 1) – cfr. BONFANTE, *Corso...*, vol. II sez. I, pg. 351-352 e JUSTO, *As relações de vizinhança...*, pg. 90.

⁶³¹ D. 39, 2, 13 15; -39, 2, 15, 7. No caso de *opus in flumine publico* a *satisdatio* era dada pelo prazo de 10 anos (D. 39, 2, 7 pr.; -39, 2, 15, 2; -43, 15, 1 pr.).

⁶³² D. 39, 2, 15, 1.

⁶³³ D. 39, 2, 18, 11.

⁶³⁴ D. 39, 2, 4 pr.; -39, 2, 15 pr.

⁶³⁵ D. 46, 5, 4 – «*Praetoriae stipulationes saepius interponuntur, cum sine culpa stipulatoris cautum esse desiit.*»

⁶³⁶ Sobre os prazos cfr. BONFANTE, *Corso...*, vol. II sez. I, pg. 355 e JUSTO, *As relações de vizinhança...*, pg. 90.

⁶³⁷ D. 39, 2, 1

⁶³⁸ Vide D. 39, 2, 13, 3; BONFANTE, *Corso...*, vol. II sez. I, pg. 339-340; JUSTO, *As relações de vizinhança...*, pg. 101. Só em caso de controvérsia o pretor deve conhecer sumariamente o assunto para conceder ou denegar a *cautio* (D. 46, 5, 1,9).

⁶³⁹ BONFANTE, *Corso...*, vol. II sez. I, pg. 339.

- a) A existência de um temor de *damnum*⁶⁴⁰ *futurum*;⁶⁴¹
- b) Que o dano temido seja consequência de *vitium*⁶⁴² *aedium, loci* ou *operis*;⁶⁴³
- c) A inexistência doutro meio de tutela jurídica.⁶⁴⁴

Vejamos agora quem poderia exigir e a quem se poderia exigir a prestação da *cautio damni infecti*⁶⁴⁵.

Tinham legitimidade para requerer a caução o *dominus*, os comproprietários (cada um pela sua parte)⁶⁴⁶, o arrendatário (enquanto *dominus*) pelas coisas móveis que introduziu na casa arrendada⁶⁴⁷, o titular de *ius sepulchri*⁶⁴⁸ e de direitos análogos⁶⁴⁹ ou parciários ao *dominium*⁶⁵⁰. Daí o dizer de Paulus:

«*Damni infecti stipulatio competit non tantum ei, cuius in bonis res est, sed etiam cuius periculo res est.*»⁶⁵¹

Pelo outro lado, para determinar quais as pessoas obrigadas a prestar caução importa diferenciar o caso em que o dano temido ser consequência de *facere* daqueles em que o temor

⁶⁴⁰ O dano deve consistir numa privação ou diminuição patrimonial (*ademptio* ou *deminutio patrimonii* – D. 39, 2, 3) e não na simples subtração de uma vantagem de facto (D. 39, 2, 24, 12; -39, 2, 26). Também não poderia ser consequência de *vis* maior (D. 39, 2, 24, 3 a 5; -39, 2, 24, 8; -39, 2, 24, 11; -39, 2, 43 pr.). Cfr. BONFANTE, *Corso...*, vol. II sez. I, pg. 320-341; BRANCA, *Danno temuto...*, pg. 272; JUSTO, *As relações de vizinhança...*, pg. 92 e 95, nota 104.

⁶⁴¹ D. 39, 2, 2; -39, 2, 7, 1; -39, 2, 19, 1.

⁶⁴² *Vitium* designa um estado defeituoso objetivo estranho à natureza da coisa e independente da culpa (D. 39, 2, 18, 1); cfr. BONFANTE, *Corso...*, vol. II sez. I, pg. 340; BRANCA, *Danno temuto...*, pg. 136-137; JUSTO, *As relações de vizinhança...*, pg. 92.

⁶⁴³ D. 39, 2, 19, 1; -39, 2, 24, 2 e 12. Sobre *vitium aedium, loci* e *operis*; cfr. BONFANTE, *Corso...*, vol. II sez. I, pg. 340-343; BRANCA, *Danno temuto...*, pg. 105-136; JUSTO, *As relações de vizinhança...*, pg. 92-95; SANTOS, *Cautio damni infecti*, pg. 228-233.

⁶⁴⁴ “Il rimedio della *c. d. inf.* ha carattere sussidiario, nel senso più lato. Se il danno temuto può esser risercito mediante altre azioni, ovvero il minacciato ha il diritto ed eventualmente anche l’obbligo di impedire il verificarsi del danno, cessa il diritto alla *c. d. inf.*” – BONFANTE, *Corso...*, vol. II sez. I, pg. 358. Ver ainda D. 39, 2, 13, 6; -39, 2, 18, 2; -39, 2, 18, 4; -39, 2, 18, 7-9; -39, 2, 20; -39, 2, 32 e 33; -39, 2, 38, pr.; JUSTO, *As relações de vizinhança...*, pg. 95 e SANTOS, *Cautio damni infecti*, pg. 227-228.

⁶⁴⁵ Vide BONFANTE, *Corso...*, vol. II sez. I, pg. 345-351. JUSTO, *As relações de vizinhança...*, pg. 96-101.

⁶⁴⁶ D. 39, 2, 18, 5; -39, 2, 27; -39, 2, 40, 2 a 4; -39, 2, 42.

⁶⁴⁷ D. 39, 2, 13, 5; -39, 2, 33.

⁶⁴⁸ D. 39, 2, 13, 7.

⁶⁴⁹ O concessionário do *ager vectigalis* (D. 39, 2, 15, 26 – cfr. JUSTO, *As relações de vizinhança...*, pg. 97, nota 110), aquele que tem a coisa ameaçada *in bonis* (D. 39, 2, 18 pr.).

⁶⁵⁰ Superficiário e usufrutuário (D. 39, 2, 13, 8), ao credor pignoratício (na opinião de Ulpianus contra Marcellus – D. 39, 2, 11). Apesar de Marcellus negar legitimidade ao possuidor de boa fé (D. 39, 2, 13, 9), a doutrina parece entender que sua opinião fora ultrapassada (cfr. BONFANTE, *Corso...*, vol. II sez. I, pg. 346, nota 1; JUSTO, *As relações de vizinhança...*, pg. 98).

⁶⁵¹ D. 39, 2, 18 pr.

deriva de *vitio aedium*. Na primeira hipótese a exigência de prestar a *cautio* incide sobre quem executa a obra⁶⁵², o proprietário só é obrigado nos casos em que a atividade pode ser reconduzida a sua vontade (as fontes nos falam da hipótese do proprietário que, podendo impedir a obra, não o fez⁶⁵³). Não se tratando de *vitio operis*, poderia ser compelido a prestar caução o *dominus*, os comproprietários pela sua quota⁶⁵⁴, o titular doutro *iura in re aliena*⁶⁵⁵ e ainda o possuidor de boa fé⁶⁵⁶⁻⁶⁵⁷. Em caso de controvérsia sobre o proprietário o dever recaí sobre o possuidor, caso este não prestasse caução procede-se logo a *missio in possessionem*⁶⁵⁸. A *stipulatio* obrigava também os herdeiros dos estipulantes⁶⁵⁹.

Verificando-se o dano, pode-se mobilizar a *actio ex stipulatu* para obter o ressarcimento do dano emergente⁶⁶⁰ e do lucro cessante⁶⁶¹⁻⁶⁶². Porém, vale frisar, é preciso que o dano seja precisamente aquele pelo qual se prestou a caução e que tenha decorrido antes do termo estabelecido⁶⁶³.

⁶⁵² D. 39, 2, 20, -39, 2, 24 pr.; -39, 2, 30 pr.

⁶⁵³ D. 39, 2, 24, 6.

⁶⁵⁴ D. 39, 2, 27; -39, 2, 40, 3. Caso um dos comproprietários não prestassem a *cautio damni infecti* a *missio in possessionem* era dada *in portionem* (D. 39, 2, 5, 1; -39, 2, 23). Sobre a hipótese de um comproprietário prestar *in solidum* vide JUSTO, *As relações de vizinhança...*, pg. 99, nota 120.

⁶⁵⁵ D.39, 2, 9, 4 e 5, -39, 2, 10, -39, 2, 15, 24 a 27; -39, 2, 19 pr.; -39, 2, 22 pr.; inclusive aquele que recebeu a coisa pela *missio in possessionem* (D. 39, 2, 15, 15 e 17).

⁶⁵⁶ D. 39, 2, 13 pr.

⁶⁵⁷ O tema da legitimidade passiva é desenvolvidamente tratado em BRANCA, *Danno temuto...*, pg. 207-222. O romanista divide em três grupos as pessoas que podem prestar a caução: 1) aqueles que têm um direito absoluto sobre a coisa que ameaça dano, ou seja, o proprietário civil ou pretório, o possuidor de boa fé e o titular do *ager vectigalis*; 2) titulares de um *ius in re aliena*, se inserem neste grupo o credor pignoratício e o usufrutuário (o superficiário não é inserido neste grupo pois não titular de um direito real no direito clássico), estes estão em posição similar ao *dominus* com a diferença deste responder em primeira linha e aqueles apenas prestam *cautio* subordinadamente a inação do proprietário (ou titular dos direitos de primeira categoria); 3) aqueles que têm interesse em prestar a *cautio damni infecti* por medo dos efeitos da sua não prestação (se inserem neste grupo o inquilino e o imisso).

⁶⁵⁸ D. 39, 2, 39, 1. Segundo BONFANTE (*Corso...*, vol. II sez. I, pg. 348, nota 3) no direito clássico ocorreria a *translatio possessionis* ao demandante que se oferecesse a prestar a caução.

⁶⁵⁹ Cfr. D. 39, 2, 24, 1; sobre a suspeita de interpolação deste fragmento vide BONFANTE, *Corso...*, vol. II sez. I, pg. 355-356.

⁶⁶⁰ Incluindo as coisas introduzidas na casa depois de celebrada a *stipulatio* (D. 39, 2, 18, 6).

⁶⁶¹ D. 39, 2, 18, 10; -39, 2, 28 e 29; -39, 2, 37; -46, 5, 2, 2. Vide BONFANTE, *Corso...*, vol. II sez. I, pg. 356-357 e JUSTO, *As relações de vizinhança...*, pg. 91, nota 81.

⁶⁶² “Há, todavia, uma anomalia: a *actio ex stipulatu* é uma *actio stricti iuris* e, no entanto, é referida na *Lex Rubria de Gallia Cisalpina* como uma *actio ex fide bona* (...). Segundo D’Ors, esta anomalia “puede explicarse suponiendo una práctica de introducir la frase *ex fide bona* en la misma *stipulatio*, de onde podía penetrar en la correspondiente fórmula procesal de la *actio incerti*”. E Pastori entende que a referência a *bona fides* na *actio* que tutela a *stipulatio* só pode justificar-se se considerarmos a figura mais antiga da *stipulatio* fundada na *fides* como inspiradora do pretor peregrino.” – JUSTO, *As relações de vizinhança...*, pg. 91, nota 81; referindo-se à D’ORS, *Derecho...*, pg. 513 e a FRANCO PASTORI, *La Genesi della stipulatio e la menzione della Bona Fides nella lex de Gallia cisalpina con riferimento all’actio ex stipulatu*, in *Studi in onere di Emilio Betti*, vol. III, Milão, Dott. A. Giuffrè editore, 1962, pg. 584-585.

⁶⁶³ BONFANTE, *Corso...*, vol. II sez. I, pg. 356.

Centremo-nos sob os casos de *vicio aedium, arborum* ou *loci* quando fosse negada a prestação da *cautio damni infecti*⁶⁶⁴.

Neste arranjo fáctico-jurídico abria-se o procedimento da *missio in possessionem*, que atribuía a detenção⁶⁶⁵ (*ex primo decreto*) e, posteriormente, o *in bonis habere*⁶⁶⁶ (*ex secundo decreto*) da *res*⁶⁶⁷ que ameaçava ruína àquele que legitimamente reclamou a caução. Pela *missio in possessionem ex primo decreto* não havia transferência de posse, quem teme o dano e vê recusado sua pretensão de *cautio* torna-se detentor da *res vitiosae*⁶⁶⁸. Havendo múltiplos requerentes da caução, todos são igualmente postos em detenção⁶⁶⁹. Desejando ver-se livre do *imissus* o proprietário (ou o titular doutro direito que poderia ser fundamento da *cautio*) teria mais um incentivo para oferecer a garantia reclamada⁶⁷⁰ e ainda poderia o *immissus* promover a reparação⁶⁷¹. A *missio ex primo decreto* era revogada pela prestação de caução ou por consequência da ação do *imissus* quanto este reparasse a *res vitiosae*⁶⁷².

Transcorrido um determinado tempo do decreto da *missio ex primo decreto*, há lugar à *missio ex secundo decreto*⁶⁷³, que surge como consequência lógica da primeira (esta é inspirada pelo *non cavere* e aquela pela insistência em *non cavere*⁶⁷⁴). A diferença das duas *missiones* situa-se na irrevogabilidade⁶⁷⁵ e na maior amplitude do direito conferido pela

⁶⁶⁴ Uma vez que apenas nestes haveria a conceção das *missiones*. Sobre o caso de negação da *cautio vicio operis*, cfr. BONFANTE, *Corso...*, vol. II sez. I, pg. 362-363; BRANCA, *Danno temuto...*, pg. 95; JUSTO, *As relações de vizinhança...*, pg. 103-104.

⁶⁶⁵ D. 39, 2, 15, 20

⁶⁶⁶ Por isso que a *missio ex primo decreto* não transfere a posse (D. 39, 2, 20), mas decretada a *missio ex secundo decreto* o *dominus* é retirado da posse (D. 39, 2, 13; -43, 2, 3, 23).

⁶⁶⁷ Se só uma parte da coisa ameaçasse ruína apenas seria atribuída a detenção ou posse daquela parte – D. 39, 2, 4, 1; -39, 2, 15, 11 –, contudo, nem sempre seria fácil isolar a coisa ruínosa (principalmente tratando-se de edifícios) – D. 39, 2, 15, 14; -39, 2, 38, 1. Vide BONFANTE, *Corso...*, vol. II sez. I, pg. 359.

⁶⁶⁸ D. 39, 2, 15, 20; -42, 4, 12.

⁶⁶⁹ D. 39, 2, 5, 1; -39, 2, 15, 18; -39, 2, 40, 4.

⁶⁷⁰ BONFANTE, *Corso...*, vol. II sez. I, pg. 359; SANTOS, *Cautio damni infecti*, pg.234-235; JUSTO, *As relações de vizinhança...*, pg. 102. Branca (*Danno temuto...*, pg. 138-207 [especialmente pg. 142-154]) não nega que o fim prático da *missio damni infecti* seja a coação psicológica do demandado, mas salienta que a natureza jurídica da *missio* é duma sanção reparatória punitiva pelo ilícito de *non cavere* (cfr. D. 11, 1, 20, 2 e D. 43, 4, 4, 1; onde a *missio* é referida como «*poena*»); segundo o A.: “L’ordine di *cavere* è il centro dell’istituto e ogni sforzo del magistrato appare diretto a emanarlo, quindi a far sì, com tutti i mezzi, di trascinare *in ius* l’avversario, di metterlo formalmente in dolo, imponendo in sua presenza, e solo in sua presenza, la *cautio damni infecti*.” (*Ibid.*, pg. 203).

⁶⁷¹ Mas não era obrigado – D. 39, 2, 15, 30.

⁶⁷² Neste caso gozava de uma *actio in factum* e do *ius retentionis* (D. 39, 2, 15, 31, -39, 2, 15, 34; -42, 5, 9 pr.; -42, 5, 9, 4).

⁶⁷³ D. 39, 2, 15, 21.

⁶⁷⁴ BONFANTE, *Corso...*, vol. II sez. I, pg. 358, nota 8; BRANCA, *Danno temuto...*, pg. 147 e 172-173 (que apoia-se em D. 23, 5, 1 pr. e D. 41, 2, 30, 2).

⁶⁷⁵ Exceto no caso de *restitutio in integrum* (D. 39, 2, 15, 22).

segunda⁶⁷⁶. Não poderiam ver contra si decreta a segunda *missio in possessionem* o ausente⁶⁷⁷ de boa fé (e equiparado a este o pupilo sem tutor⁶⁷⁸)⁶⁷⁹.

A única forma de tutela do *imissus ex primo decreto* era o interdito *ne vis fiat ei qui in possessionem missus est*⁶⁸⁰. Já o *imissus ex segundo decreto* goza dos meios de defesa que lhe competem como proprietário bonitário (*actio Publiciana, exceptio doli*, interditos possessórios)⁶⁸¹ e ainda de *actiones ficticiae*⁶⁸², até que seu *in bonis habere* tornasse-se *dominium ex iure Quiritium* através da *usucapio*⁶⁸³.

7. *Addictio bonorum libertatem conservandarum causa*

Para evitar a ineficácia das manumissões testamentárias em caso de não aceitação da herança, um rescrito de Marcos Aurélio determinou que a herança poderia ser atribuída a

⁶⁷⁶ BRANCA, *Danno temuto...*, pg. 172.

⁶⁷⁷ D. 39, 2, 19, pr. – «Aqueles que estão ausentes de boa fé, na *stipulatione damni infecti* não têm seu direito corrompido, se se da aos que voltaram a faculdade prestar caução conforme o bom e equitativo, seja dono, seja titular doutro direito sobre a coisa, como o credor, o usufrutuário e o superficiário.» («*Eorum, qui bona fide absunt, in stipulatione damni infecti ius non corrumpitur, sed reversis cavendi ex bono et aequo potestas datur, sive domini sint sive aliquid in ea re ius habeant, qualis est creditor et fructuarius et superficiarius.*»)

O fragmento contido em D. 39, 2, 15, 22 parece contradizer o que foi dito *supra*, contudo, ele parece ser interpolado cfr. BRANCA, *Danno temuto...*, pg. 203, especialmente o argumento contido na nota 2.

⁶⁷⁸ D. 39, 2, 15, 29; -42, 4, 10.

⁶⁷⁹ No caso das ações noxae e da *bonorum venditio* existe disposição similar (D. 9, 4, 30 e D. 42, 4, 6, 1 respetivamente).

⁶⁸⁰ D. 43, 4, 4 pr.; os fragmentos D. 43, 4, 1, 2 e D. 43, 4, 4, 4 que referem a uma *actio in factum* não são genuínos (BRANCA, *Danno temuto...*, pg. 223-225).

⁶⁸¹ D. 39, 2, 18, 15 e BONFANTE, *Corso...*, vol. II sez. I, pg. 362; BRANCA, *Danno temuto...*, pg. 226; JUSTO, *As relações de vizinhança...*, pg. 105.

⁶⁸² Nos seguintes casos: 1) nas ações movidas perante magistrados municipais (pois estes não tinham *imperium*) – este caso é previsto na *Lex Rubria*; 2) havendo recusa em prestar a *cautio*, acrescida da oposição à *missio* e verificando-se o dano; 3) na hipótese da *cautio damni infecti* ter sido ordenada, porém, antes de ser pedida a *missio in possessionem*, ocorreu o dano; 4) tendo a *cautio* sido ordenada, a *missio* concedida, mas ainda não efetivada quando ocorreu o dano (cfr. JUSTO, *As relações de vizinhança...*, pg. 106-108, BRANCA, *Danno temuto...*, pg. 230-235). As fontes (D. 39, 2, 4, 2; -39, 2, 15, 36; -39, 2, 17, 3; -39, 2, 18, 13 e 15) falam de *actio in factum* como consequência de interpolações justinianeias (JUSTO, *A «Fictio Iuris» ...*, pg. 82, nota 8; JUSTO, *As relações de vizinhança...*, pg. 109).

A responsabilidade do magistrado que negligentemente não concede caução é prevista no fragmento D. 39, 2, 4, 7; porém esta ação era – ao que tudo indica – *in factum* e não *ficticiae* (BRANCA, *Danno temuto...*, pg. 232 e JUSTO, *As relações de vizinhança...*, pg. 110-111).

⁶⁸³ D. 39, 2, 5 pr.; -39, 2, 12; -39, 2, 15, 16; -39, 2, 15, 26; -39, 2, 15, 27; 39, 2, 18, 15; -39, 2, 44, 2; -41, 2, 3, 23. Vide BONFANTE, *Corso...*, vol. II sez. I, pg. 359-360; BONFANTE, *Corso...*, vol. II sez. II, pg. 317, nota 5; VOLTERRA, *Istituzioni...*, pg. 383; JUSTO, *As relações de vizinhança...*, pg. 104-105; JUSTO, *Direito...*, vol. III, pg. 28.

JUSTO (*As relações de vizinhança...*, pg. 105, nota 154) repara que, ao lado dos textos que referem a aquisição do *dominium* por *usucapio*, existem outros que parecem exprimir a ideia de que o *missus* torna-se *dominus* com segundo decreto (D. 7, 1, 7, 1; -10, 3, 5; -23, 5, 1 pr.; -39, 2, 15, 16 [curiosamente este fragmento refere tanto a aquisição por *usucapio* e através da *missio in possessionem ex secundo decreto*]; -39, 2, 15, 17; -39, 2, 15, 33). Segundo BONFANTE (*Corso...*, vol. II sez. I, pg. 360, nota 2) são interpolados os textos em que o *dominium* é adquirido como consequência imediata da *missio*.

outra pessoa (que não o herdeiro) que estivesse disposta a realizar as *manumissioni* e que desse caução aos credores do herdeiro.⁶⁸⁴

Como vimos supra, o pretor não podia “fazer *heres* quem o não é”⁶⁸⁵, portanto, a sua *possessio* era tutelada pelo pretor como nos demais casos de *in bonis habere* até que sua posição enquanto *dominius* se consolidar através de *usucapio*.

8. Outros casos

Ao lado dos enumerados casos de *in bonis habere* provavelmente existiram outros. Bonfante⁶⁸⁶ e Volterra⁶⁸⁷ referem ainda os casos de ramos ou árvores cortadas em fundo vizinho com a permissão do pretor⁶⁸⁸, da restituição fideicomissária segundo o *senatusconsultum Trebellianum*⁶⁸⁹, da execução pelo pretor de objetos legados pelo testador com o fim de fazer face às despesas da sepultura⁶⁹⁰ e do juramento decisório⁶⁹¹. Bonfante afirma ainda que o catálogo ainda pode crescer mediante uma análise crítica do comentário de Ulpiano à ação Publiciana⁶⁹².

Independentemente da existência de mais casos (ou da eventual exclusão de alguns casos não seguros), o material que nos chega das fontes é suficiente para a construção da ideia central deste escrito: que o *in bonis habere* é um instituto que perturbador do campo da organização dominial definitiva, mas irreduzível aqueloutro da organização dominial provisória.

⁶⁸⁴ I. 3, 11 e D. 40, 5, 4, 21. Cfr. BONFANTE, *Corso...*, vol. II sez. II, pg.317; VOLTERRA, *Istituzioni...*, pg. 383; JUSTO, *Direito...*, vol. III, pg. 28; JUSTO, *Direito...*, vol. V, pg. 280-281.

⁶⁸⁵ JUSTO, *A «Fictio iuris» ...*, pg. 27.

⁶⁸⁶ BONFANTE, *Corso...*, vol. II sez. II, pg.317.

⁶⁸⁷ VOLTERRA, *Istituzioni...*, pg. 383, nota 2; embora este segundo A. os considere “non sicuri”.

⁶⁸⁸ D. 43, 27, 1, 7.

⁶⁸⁹ D. 10, 2, 24, 1; -36, 1, 65 pr.; Volterra duvida que este fosse um caso autónomo de *in bonis*, sendo possível que este caso seja reconduzível a transferência de *res mancipi* sem a utilização da *mancipatio* ou da *in iure cessio*.

⁶⁹⁰ D. 11, 7, 14, 1; -50, 17, 137. No primeiro fragmento afirma-se que «têm o domínio aquele que comprou com a autoridade do juiz» («... *dominium habet, qui auctore iudice comparavit*»); já o segundo fragmento diz: «Quem comprou com autoridade do juiz, é possuidor de boa fé.» («*Qui auctore iudice comparavit, bonae fidei possessor est*»). Da contradição entre os dois textos Bonfante retira a interpolação de ambos.

⁶⁹¹ D. 6, 2, 7, 7; -12, 2, 9, 7; -12, 2, 11 pr. e 1. Segundo Bonfante trata-se duma figura anómala e relativa, isto deve-se a sua eficácia *inter partes* e a possibilidade de apenas haver meio de defesa enquanto houver posse nos casos de juramento que a coisa não é do demandante.

⁶⁹² BONFANTE, *Corso...*, vol. II sez. II, ob. cit., pg.318.

9. *Actio Publiciana*

Como foi anteriormente referido a *actio Publiciana* tutelava não os casos de *in bonis habere*, mas também a *possessio banae fidei*. Por este motivo é preciso relembrar uma distinção fundamental, quando tutela a posse de boa fé o possuidor é deixado sem defesa perante o verdadeiro proprietário (só podendo eventualmente exercer a *exceptio doli* fundada nas despesas que teve com a *res*), quando tutela o domínio bonitário⁶⁹³ a publiciana goza de exceções até mesmo contra o *dominus ex iure Quiritium* (a *exceptio* – ou *replicatio* – *rei venditae et traditae* para o caso típico da alienação de *res Mancipi* sem o uso da *mancipatio* ou da *in iure cessio* e da *exceptio doli* para os demais casos).

A fórmula que nos chega do Digesto é:

«*Si quis id quod traditur ex iusta causa non a domino et nondum usucaptum petet, iudicium dabo.*»⁶⁹⁴

Pela fórmula do Digesto a *actio Publiciana* parece talhada para a tutela da *possessio banae fidei*, contudo, chegam-nos pelas Instituições gaianas⁶⁹⁵ e justinianeis⁶⁹⁶ fontes que apresentam um conteúdo mais amplo. Devido a esta dificuldade as tentativas de reconstrução do edicto são variadíssimas⁶⁹⁷. Lenel propõe a seguinte reconstrução:

«*Si quis id quod Mancipatur*⁶⁹⁸ *traditum ex iusta causa a domino et nondum usucaptum petet, iudicium dabo.*»⁶⁹⁹

Retendo que os compiladores:

⁶⁹³ Sobre a classicismo do uso da Publiciana para a tutela do *in bonis* ver BONFANTE, Corso..., vol. II sez. II, pg. 326-327 (no mesmo sentido em *Sul cosiddetto dominio bonittio*, pg. 376). O A. traz os seguintes casos que no casos que nos chegam das fontes: D. 6, 2, 6; D. 6, 2, 7 pr.; D. 6, 2, 11 pr.; D. 39, 2, 18, 15. Todavia não exclui a possibilidade de haverem outros meios de tutela dado o grande número de casos que foram reconduzidos ao *in bonis habere*.

⁶⁹⁴ «Se alguém pede o que por justa causa lhe foi entregue por quem não é proprietário e ainda não foi usucapido, darei ação.»

⁶⁹⁵ G. IV, 36.

⁶⁹⁶ I. 4, 6, 3.

⁶⁹⁷ Para as reconstruções cfr. BONFANTE, Corso..., vol. II sez. II, pg. 330, nota 1; e Pietro BONFANTE, *L'editto publiciano, em Scritti Giuridici Varii II (proprietà e servitù)*, Torino, Unione tipografico-editrice torinese, 1918, pg. 393-399.

⁶⁹⁸ Observa Bonfante que “*id quod Mancipatur* nel senso di *res Mancipi* non è locuzione possibile” (BONFANTE, Corso..., vol. II sez. II, pg. 332)

⁶⁹⁹ LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, tit. XV, §59, pg. 130.

- 1) inseriram o «*non*» antes de «*domino*», porque era necessário para tornar o edito útil a seus propósitos;
- 2) alteraram «*mancipatur*» para «*traditur*», como frequentemente fizeram;
- 3) eliminaram o «*traditum*» seguinte.

Mas, por motivos de ordem interna e externa, o autor opta por uma fórmula dupla. Relativamente ao primeiro, afirma que é improvável que dois direitos tão diferentes no seu significado jurídico como a propriedade bonitária e a posse de boa fé tenham sido tutelados pela mesma fórmula. Quanto ao segundo, porque a exigência da boa fé subjetiva constante no D. 6, 2, 7, 14 e 15 não se adequa ao facto objetivo que fundamenta a tutela no caso de compra ao *dominus*.⁷⁰⁰

A segunda parte da fórmula seria, portanto:

«*Ei, qui bona fide emit, si rem traditam sibi et nondum usucaptam petet, iudicium dabo.*»⁷⁰¹

Do ponto de vista substancial Bonfante questiona que a fórmula edital da Publiciana que tutelava o domínio bonitário fosse restrito às *res Mancipi*, sendo que Gaius nos fala de *res* em geral e que haveria muitas outras situações de *in bonis* que abrangiam *res nec Mancipi*.⁷⁰² Por isso sugere que retornemos para nossa fonte genuína, Gaius, e simplesmente ordenando as palavras do jurisconsulto no esquema edital chega a simples reconstrução:

«*Si quis rem ex iusta causa traditam sibi et nondum usucaptam petet iudicium dabo.*»⁷⁰³

Observando que o *edictum* referia-se ao *in bonis* e a *possessio bonae fidei*, ou seja, referia-se genericamente à *possessio ex iusta causa*.⁷⁰⁴

Independentemente da reconstrução que se repute mais verossímil, importa, para o desenho da organização aqui proposta, reter dois pontos consensuais já mencionados: a utilidade da *actio Publiciana* para tutelar os dois institutos e a diferença desta tutela no que

⁷⁰⁰ LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, tit. XV, §59, pg. 131.

⁷⁰¹ *Ibid.*

⁷⁰² BONFANTE, *Corso...*, vol. II sez. II, pg. 333.

⁷⁰³ *Ibid.*, pg. 334.

⁷⁰⁴ BONFANTE, *Corso...*, vol. II sez. II, pg. 335; mas ressalva que havia cláusulas específicas para os casos como o D. 6, 2, 7 que seria exclusivo para a posse de boa fé.

toca a contraposição do titular desta *actio* ao *dominus ex iure Quiritium*. E uma ressalva ainda se afigura necessária, não cremos que o facto da Publiciana ser tecida à imagem da *rei vindicatio* (como demonstrou Sarlo⁷⁰⁵) é indício suficiente para se alterar a natureza bifronte da tutela por ela oferecida. Seja por uma fórmula dupla, seja por uma fórmula única com cláusulas específicas para cada uma das situações tuteladas, a verdade é que a ação em causa opera dois recortes bem determinados e, apesar de próximos, diferentes no seu campo de aplicação.

V. Considerações finais. Alguns problemas na colocação da *possessio bonae fidei* e do *in bonis habere* na divisão dominial.

Até aqui já vimos o núcleo do campo da ordenação dominial definitiva (a propriedade) e a forma como o restante deste campo dominial se desenvolve (através da fragmentação deste direito, mas deixando uma sequela elástica). Também já nos debruçamos sobre o campo da organização dominial provisória e tivemos a oportunidade de observar o leque de circunstâncias aí se localizam. Ainda assinalamos também o papel que *rei vindicatio* tem na delimitação dos respetivos campos. Porém, de todas estas conclusões generalistas restam duas situações problemáticas: a *possessio bonae fidei* e o *in bonis habere*.

Comecemos pela posse de boa fé... A particular dificuldade que este instituto impõe à divisão que temos explorado como forma de sistematização da organização dominial romana clássica consiste na sua classificação como *ius* (uma vez que é tutelada pela *actio Publiciana*, ao invés de ser tutelada pelos *interdicta* como os demais tipos possessórios), ao mesmo tempo, é um *ius* cujo conteúdo essencial é relação entre possuidor de boa fé e a coisa possuída, com uma eficácia, diremos, quase *erga omnes* (uma vez que cede frente ao *dominus ex iure Quiritium*). Se reconhecermos que o direito do *bonae fidei possessor* é um

⁷⁰⁵ Luigi de SARLO, *La definizione dell'actio Publiciana nel diritto dei classici*, in *Studi in Onore di Siro Solazzi*, Napoli, Casa editrice Dott. Eugenio Jovene, 1948, pg. 205 e 218; no mesmo sentido DERNBURG, *Pandette*, pg. 235; ver também D. 6, 2, 7, 8.

direito real, conseqüentemente, este seria uma fragmentação do direito de propriedade⁷⁰⁶⁻
⁷⁰⁷, tudo dependerá da classificação da *actio Publiciana*⁷⁰⁸.

A favor da sua classificação como *actio in rem* abona não só a qualificação contida no D. 6, 2, mas ainda a divisão operada por Gaius (G. IV, 2 e 3) entre *in personam actio* e *in rem actio*⁷⁰⁹, acolhida nas Instituições justinianeias (I. 4, 6, 1 e 2). Do ponto de vista do objeto da ação tudo parece indicar no caráter real da Publiciana, a ação persegue um *corpus* e não a atividade do devedor⁷¹⁰ (esta é moldada a base da *rei vindicatio* como vimos).

Contra arguir-se-á que a Publiciana não confere uma eficácia *erga omnes* ao possuidor de boa fé, o que fere fatalmente a «independência» costumeiramente assinalada aos *ius in re aliena*⁷¹¹.

⁷⁰⁶ Uma fragmentação que ocorria sem a concorrência da vontade do titular do direito, podendo mesmo ser constituída por... furto (no caso de coisa furtada e vendida à comprador de boa fé).

⁷⁰⁷ Contra o entendimento dos *ius in re aliena* enquanto direitos reais limitados ou fracionários da propriedade vide BRASIELLO, Corso..., pg. 51-86. Ao nosso ver o autor apega-se excessivamente à argumentos literais, tentando demonstrar que este entendimento não emerge da análise das fontes. Por outro lado, a posição acaba por ser uma consequência natural da resistência em ver na propriedade romana um direito, antes vendo-a como equivalente a *res corporalis* objeto do direito. É verdade que há nas fontes uma certa confusão entre a coisa tida em propriedade e o direito (o primeiro acaba por ser expressão do segundo) e também que as ideias do autor gozam de coerência interna, contudo, elas manifestam uma preocupação desmedida em reconstituir o pensamento jurídico romano a custa da reconstrução do *ius romanum*. Ou seja, o cuidado em reconstruir as estruturas mentais romanas acaba por prejudicar o entendimento o papel que as diversas instituições ocupam na *praxis* jurídica.

⁷⁰⁸ Parece-nos que das características assinaladas por BRASIELLO, Corso..., pg. 46-49, apenas a última (a relação dos direitos reais com as *actiones in rem*) podem ser critério para uma divisão entre direitos e obrigacionais no direito romano (neste sentido BONFANTE, Corso..., vol. III, pg. 11). Quanto a primeira característica assinalada pelo autor (uma convicção psicológica de domínio) acaba esbatida pelas considerações finais, onde reconhece que esta atitude cognoscitiva pode ser apenas de possuir e não de ser proprietário (já tivemos oportunidade de defender o entendimento da *possessio* como *res facti* contraposta ao *dominium*). No que toca ao segunda (uma presumida perpetuidade que se projeta no passado) também é de descartar, primeiramente porque intimamente ligada a *in iure cessio* e, portanto, de pouco importância na medida que esta forma de transferência da propriedade caí em desuso; secundariamente porque desmorona na medida em que existe a possibilidade de usucapir.

Contra este entendimento GROSSO (*I problemi dei diritti reali...*, pg. 118-119) entende que é pelo problema da legitimação passiva que se pode determinar a natureza da ação/direito, conseqüentemente, não encontra problemas em classificar a Publiciana como *actio in rem* (*Ibid.*, pg. 48-49). Mas a recondução é problemática, acaba por esbater a contraposição *actiones civiles/honorariae* que implica atitudes distintas do magistrado (como explica SCIALOJA, *Procedura...*, pg. 334: “Di fronte alle formule del diritto civile il magistrato non adempie ad altra funzione, che a quella di esecutore di quanto è prescritto dalle leggi e dalle altre fonti del *ius civile* romano; in quanto invece alle formule dalle azioni onorarie, il magistrato esplica addirittura un potere proprio, come autore di disposizioni giudiche”), assim, ao nosso ver, o entendimento de Grosso acaba por ser um empecilho à reconstrução do direito romano clássico.

⁷⁰⁹ «*In rem actio est, cum corporalem rem intendimus nostram esse aut ius aliquod nobis competere, uelut utendi aut utendi fruendi, eundi, agendi aquamue ducendi uel altius tollendi prospiciendiue, aut cum actio ex diuerso aduersario est negatiua.*» (G. IV, 3)

⁷¹⁰ Ver BONFANTE, Corso..., vol. III, pg. 6.

⁷¹¹ BONFANTE, Corso..., vol. III, pg. 14; G. LONGO, Corso..., pg. 24; BRASIELLO, Corso..., pg. 85 (apesar deste autor não falar em independência, fala da eficácia *erga omnes* com única característica dos direitos reais).

Todavia o embaraço não é tão grave quanto aparenta. Albertario demonstrou com sucesso que a tentativa de classificar todas as ações entre reais e pessoais é consequência do trabalho dos compiladores justinianeus⁷¹². Portanto, em tema de classificação da *actio Publiciana* fiquemos pelo seguro ao afirmar que uma *actio ficticia*⁷¹³.

Voltando a *possessio bonae fidei* e livres de constrangimentos é ajustado falar de um direito *sui generis*, um direito que em muitos aspetos relembra um *iura in re alie*, mas, justamente por ser constituído à sombra do *dominium*, fica aquém daqueles. Configurada a natureza *sui generis* do direito em causa, compete-nos, regressando a divisão dominial que nos tem guiado buscar o local adequado do instituto. E não espantará vê-lo como uma forma de organização dominial provisória (especialmente tendo em conta o que afirmamos em sede de análise da *rei vindicatio*), uma vez que é uma posição que cede quando confrontada pelo *dominus*. Porém, convém assinalar a particularidade de ser uma forma de organização dominial provisória extremamente próxima do campo da organização dominial definitiva uma vez que é tutelada por um direito que pode ser contraposto a todos (exceto o proprietário) e que produz alguns efeitos no campo oposto (como a aquisição dos frutos)⁷¹⁴.

No que toca o *in bonis habere*, tendo em conta as já tecidas observações, não restaram dúvidas da sua pertinência no campo da organização dominial definitiva, afinal até o titular do *dominium ex iure Quiritium* vê sua pretensão de reivindicação paralisada por meio da *exceptio rei venditae et traditae* (ou *exceptio doli*). Há, contudo, uma nuance digna de menção. Enquanto nos demais *ius in re aliena* a tendência elástica do direito de propriedade se manifesta no sentido da reconstituição plena do direito de propriedade fragmentado pelo direito real, no caso do *in bonis habere*⁷¹⁵ a tendência elástica é de sentido contrário, ou seja, a tendência do *dominium* assumir a forma mais ampla (sem limitações impostas por outros direitos) manifesta-se na direção da constituição de um novo *dominium* cujo titular é aquele que tem a coisa *in bonis*.

⁷¹² Emilio ALBERTARIO, *In tema di classificassione delle azioni (actiones in rem e actiones in personam)*, in *Rivista di Diritto Processuale Civile*, vol. V, parte I, 1928, pg. 185-206.

⁷¹³ “Le azioni *honorariae*, che non creavano nè *iura in re* nè *obligationes*, erano classificate da *altri angoli visuali*: e così erano dette, a secnodo dei casi, o *ficticiae*, o *utiles*, o *in factum*.” (ALBERTARIO, *In tema di classificassione...*, pg. 189).

Especificamente sobre a ação que nos interessa: “I romani, (...), non definivano come azione *in rem*, ma come azione *ficticia*, l’*actio Publiciana*” (Ibid.).

⁷¹⁴ Além da óbvia particularidade de ser uma forma de organização dominial provisória tutelada por uma *actio*.

⁷¹⁵ Importa salientar que, mesmo não sendo tutelado por uma *actio in rem*, o *in bonis habere* têm uma estrutura quase idêntica aos direitos reais.

Em síntese, a ordenação dominial configurada pela *possessio bonae fidei* não é constituída à luz do *dominium*, mas a sua sombra, e, por este motivo, esvanece-se quando aquele se apresenta, sendo assim uma organização dominial provisória. A ordenação dominial que se configura através do *in bonis habere* é constituída à luz do *dominium* (faltalhe, no caso exemplar de *res mancipi* transferida sem o uso de atos solenes, apenas um elemento formal) e, portanto, é oponível ao *dominus*, enquadrando-se no campo da organização dominial definitiva.

Resta o seguinte desenho da organização dominial do direito romano clássico: todas *possessiones* constituem o âmbito da organização dominial provisória, apesar da posse de boa fé estar mais próxima da organização dominial provisória que as demais; já o campo da organização dominial definitiva é constituído pela propriedade, todos os direitos reais limitados e pelo *in bonis habere*.

BIBLIOGRAFIA

ADRAGÃO, Paulo Polido, Lições de história do direito romano, peninsular e português, 3ª edição, Porto, Almedina editora, 2021

ALBERTARIO, Emilio, In tema di classificassione delle azioni (actiones in rem e actiones in personam), in Rivista di Diritto Processuale Civile, vol. V, parte I, 1928.

ALBERTARIO, Emilio, Corso di diritto romano – il possesso, Milão, Dott. A. Giuffrè editore, 1939.

ALBERTARIO, Actiones e interdicta, em Studi di Diritto Romano, vol. IV (eredità e processo), Milão, Antonino Giuffrè editore, 1946.

ALBUQUERQUE, Ruy de / ALBUQUERQUE, Martim de, História do direito português, 13ª edição, vol. I [1140-1415], Lisboa, AAFDL editora, 2022

ALVES, José Carlos Moreira, Universidade, cultura e direito romano, em Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, nº 87, 1992 (disponível em <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67166>)

ALVES, José Carlos Moreira, Posse, vol. I – Evolução histórica, 2ª edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1997

ALVES, José Carlos Moreira, Direito Romano, 19º ed., Rio de Janeiro, Forense, 2019.

ARANGIO-RUIZ, Vicente, Historia del Derecho Romano, tradução da 2ª edição italiana por Francisco de Pelsmaeker e Ivañez, 4ª edição, Instituto editorial Reus, Madrid, 1980.

ARISTÓTELES, Tópicos, obras completas de Aristóteles, coordenação de Pedro Mesquita, Lisboa, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2007

ASCENSÃO, José de Oliveira, Direito Civil – Reais, 5ª edição, Coimbra editora, 2012.

BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda, Estudos de Teoria Geral do Direito Civil, 1ª edição, Príncipe editora, 2017.

BETTI, Emilio, Diritto Romano – vol. I (parte generale), Padova, CEDAM, 1935.

BIONDI, Biondo, Problemi ed ipotesi in tema di actiones noxales, in Scritti Giuridici III, Milão, Dott. A. Giuffrè editore, 1965.

BIONDI, Biondo, Sistema della nossalità ed azioni nossali, em Scritti Giuridici III, Milão, Dott. A. Giuffrè editore, 1965.

BONFANTE, Pietro, La buona fede nell'acquisto dei frutti e per l'esercizio del «ius retentionis», em Scritti Giuridici Varii II (proprietà e servitù), Torino, Unione tipografico-editrice torinese, 1918.

BONFANTE, Pietro, La «iusta causa» dell'usucapione e il suo rapporto colla «bona fides», em em Scritti Giuridici Varii II (proprietà e servitù), Torino, Unione tipografico-editrice torinese, 1918.

BONFANTE, Pietro, L'editto publiciano, em Scritti Giuridici Varii II (proprietà e servitù), Torino, Unione tipografico-editrice torinese, 1918.

BONFANTE, Pietro, Sul cosiddetto dominio bonitario e in particolare sulla denominazione «in bonis habere», em Scritti Giuridici Varii II (proprietà e servitù), Torino, Unione tipografico-editrice torinese, 1918.

BONFANTE, Pietro, Sulla «exceptio rei venditae et traditae», em Scritti Giuridici Varii II (proprietà e servitù), Torino, Unione tipografico-editrice torinese, 1918.

BONFANTE, Pietro, Il punto de partenza nella teoria romana del possesso, em Scritti Giuridici Varii III (obbligazioni, comunione e possesso), Torino, Unione tipografico-editrice torinese, 1921.

BONFANTE, Pietro, La «possessio civilis» e la «possessio naturalis», em Scritti Giuridici Varii III (obbligazioni, comunione e possesso), Torino, Unione tipografico-editrice torinese, 1921.

BONFANTE, Pietro, Storia del Diritto Romano, vol. I, 3ª edição, Milão, Società Editrice Libreria, 1923.

BONFANTE, Pietro, Corso di Diritto Romano, vol. II sez. I, Roma, Attilio Sampaolesi Editore, 1926.

BONFANTE, Pietro, Corso di diritto romano, vol. II sez. II, Roma, Attilio Sampaolesi Editore, 1928.

BONFANTE, Pietro, Corso di diritto romano, vol. III, Roma, Società Editrice del Foro Italiano, 1933.

BONFANTE, Pietro, Istituzioni di diritto romano, 10ª edição, Roma, Istituto di Diritto Romano, 1934.

BONIFACIO, Franco, «Iudiciu, legitimum» e «iudicium imperio continens», em Studi in onere di Vincenzo Arangio-Ruiz, vol. II, Napoli, editore Jovene, 1953.

BOZZA, Francesca, Il possesso (parte prima), Napoli, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1935.

BRANCA, Giuseppe, Danno temuto e danno da cose inanimate nel diritto romano, Padova, CEDAM, 1937.

BRASIELLO, Ugo, Corso di diritto romano (la proprietà nella sua essenza e nella sua estensione), Milão, Dott. A. Giuffrè editore, 1952.

BRONZE, Fernando José Pinto, A metodonomologia entre a semelhança e a diferença (reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico), STVDIA IVRIDICA 3, Coimbra, Coimbra editora, 1994.

BRONZE, Fernando José Pinto, A equação metodonomológica (as incógnitas que articula e o modo como se resolve), em Analogias, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.

BRONZE, Fernando José Pinto, A metodonomologia (para além da argumentação), em Analogias, Coimbra, Coimbra Editora, 2012

BRONZE, Fernando José Pinto, Breves considerações sobre o estado atual da questão metodonomológica, em Analogias, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.

BRONZE, Fernando José Pinto, O problema da analogia iuris, em Analogias, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.

BRONZE, Fernando José Pinto, Praxis, problema, nomos (um olhar oblíquo sobre a respetiva intersecção), em Analogias, Coimbra, Coimbra Editora, 2012

BRONZE, Fernando José Pinto, Lições de Introdução ao Direito, 3ª edição, Coimbra, editora Gestlegal, 2019.

BRONZE, Fernando José Pinto, Metodologia do Direito, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2020 (disponível em <http://monographs.uc.pt/iuc/catalog/book/5>)

BRUGI, Biagio, Le dottrine giuridiche delle agrimensori romani comparate a quelle del Digesto, Verona-Pádua, Fratelli Duncker editori, 189.

BUJÁN, Antonio Fernández de, Derecho Romano, 1ª edição, Editorial Aranzadi, 2017.

CANNATA, Carlo Augusto, L' 'animo possidere' nel diritto romano classico, in SDHI 26, Roma, 1960.

CANNATA, Carlo Augusto, Dalla nozione di 'animo possidere' all' 'animus possidendi' come elemento del possesso (epoca postclassica e diritto bizantino), SDHI 27, Roma, 1961

CARVALHO, Orlando de, Direito das coisas, coordenação Francisco Liberal Fernandes, Maria Raquel Guimarães, Maria Regina Redinha, 1ª edição, Coimbra editora, Porto, 2012.

CARVALHO, Orlando de, Teoria Geral do Direito Civil, 4ª edição, editora Gestlegal, 2021.

CICALA, Francesco Bernardino, Per la teoria generale del possesso secondo il diritto romano (dalle "Lezioni d'istituzioni di diritto romano, dettate nel R. Istituto di Scienze Sociali), Città di Castello, Il Solco Casa Editrice, 1925

CORDEIRO, António Menezes, A posse: perspectivas dogmáticas actuais, 3ª edição, Cacela Velha, Editora Almedina, 2014

COSTA, Mário Júlio de Almeida, História do direito português, 5ª edição, com a colaboração de Rui Manuel de Figueiredo Marcos, Coimbra, Almedina editora, 2012.

CRUZ, Sebastião Costa, Direito Romano (Introdução. Fontes), 2ª edição, Coimbra, 1973

CUQ, Édouard, Recherches sur la possession à Rome (sous la république et aux premiers siècles de l'empire), Paris, Éditeur Larose, 1894, (disponível em <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5774456m/f27.item.texteImage>).

CURA, António Alberto Vieira, Fiducia cum creditore (aspetos gerais), Coimbra, 1990.

CURA, António Alberto Vieira, Compra e Venda e transferência da propriedade no direito romano clássico e justiniano (a raiz do «sistema do título e do modo»), em BFDUC, volume comemorativo do 75º tomo, 2003.

CURA, António Alberto Vieira, O fundamento romanístico da eficácia obrigacional e da eficácia real da compra e venda nos códigos civis espanhol e português, em “Jornadas Romanísticas”, STVDIA IVRIDICA 70, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.

CURA, António Alberto Vieira, Transmissão da propriedade e aquisição de outros direitos reais (algumas considerações sobre a história do «sistema do título e do modo»), em Estudos em homenagem ao prof. doutor Raul Ventura, volume I, edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2003.

CURA, António Alberto Vieira, A «fiducia» romana e a alienação fiduciária em garantia do direito actual, em O sistema contratural romano: de Roma ao direito actual, edição especial da Faculdade de Direito de Lisboa, Coimbra editora, 2010.

CURA, António Alberto Vieira, O Direito Romano nos primeiros cem anos do Boletim da Faculdade de Direito, BFDUC vol. XCI (2015).

CURA, António Alberto Vieira, Fundamentos romanísticos do direito privado I (compra e venda e transmissão da propriedade), 1ª edição, Aveiro, editora Gestlegal, 2020.

DEGENEFFE, Margarita Fuenteseca, Propietas, possessio y actio Publiciana, em Fundamentos Romanísticos del Derecho Contemporáneo V. (derecho reales), vol. I, 2021.

DERNBURG, Arrigo, Pandette, vol. 1 parte II-diritto reali, tradução de Francesco Bernardino Cicala, Roma-Torino-Milão, Fratelli Bocca Editori, Roma-Torino-Milão, 1907.

D’ORS, Álvaro, La posesión del espacio, Madri, editorial Civitas, 1998

D’ORS, Álvaro, Derecho privado romano, 10ª edição, Navarra, editora Eunsa, 2008.

DUQUESNE, Joseph, Distinction de la possession et de la détention en droit romain – son fondement historique et son criterium, Paris, Arthur Rousseau Éditeur, 1898, (disponível em <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bd6t5383549p/f17.item>)

EIDT, Gustavo Jurena, Possessio, dissertação de mestrado em ciências jurídico-históricas, Universidade de Coimbra, 2008.

FERREIRA, Diogo Figueiredo Perfeito Dias, O contrato de comodato no direito romano e no direito português. Alguns aspetos, Instituto Jurídico – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2020 (disponível em https://www.uc.pt/site/assets/files/435594/sm_13.pdf)

FERRETTI, Paolo, Animo possidere, studi su animus e possessio nel pensiero giurisprudenziale classico, Trieste-Ferrara, G. Giappichelli Editore, 2017

FINZI, Enrico, Il possesso dei diritti, Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 1968.

FREIRE, José Paschoal de Mello, Institutiones Iuris Civilis Lusitani – cum plibici tum privati, liber III – de iure rerum, ex Typogrgraphia academico-regia, Conimbricae, 1828, tit. II, § VIII, pg. 16-17, em nota (disponível em https://books.google.pt/books?id=AoRDAAAACAAJ&printsec=frontcover&hl=pt-PT&source=gbs_book_other_versions_r&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false)

FREITAS, Augusto Teixeira de, Consolidação das leis civis, vol I, prefácio de Ruy Rosado de Aguiar, edição fac.-sim., Brasília, conselho editorial do Senado Federal, 2003 (disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496206>)

GALLO, Fillipo, Studi sulla distinzione fra res Mancipi e res nec Mancipi, Torino, G. Giappichelli editore, 1958.

GARRIDO, Manuel Jesús García, *Jurisprudencia romana y actualidad de los estudios romanísticos*, em *BFDUC* vol. XL (1964).

GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões, *O culto do texto da lei na Escola da Exegese: seu sentido e limites*, *BFDUC* vol. LXXIX (2003)

GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões, *O intervalo da tolerância nas fronteiras da juridicidade (fundamentos e condições de possibilidade da projecção jurídica de uma (re)construção normativamente substancial da exigência de tolerância)*, *STVDIA IURIDICA* 111, Coimbra, Instituto Jurídico da Universidade de Coimbra, 2019.

GIRARD, Paul-Frédéric, *Manuel Élémentaire di Droit Romain*, 5ª edição, Paris, A. Rousseau, 1911 (disponível em <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6214538c/>)

GROSSO, Giuseppe, *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana*, Torino, G. Giappichelli editore, 1944.

IGLESIAS, Juan, *Derecho romano*, 18ª edição, Madri, Sello Editorial, 2010.

JARDIM, Mónica Vanderleia Alves de Sousa, *Os sistemas registraes e sua diversidade*, *Revista Argumentum*, vol. 21, nº 1, Marília/SP, Jan.-Abr. 2020 (disponível em <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/1316>)

JHERING, Rudolf Von, *Fondement des interdits possessoires (critique de la théorie de Savigny)*, in *Études Complémentaires de l'esprit du droit romain – vol. II*, tradução de O. de Meulenaere, 2ª ed., Paris, Aîné A. Maresq Éditeur, 1882, (disponível em <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k55347p/f6.item>).

JHERING, Rudolf Von, *Du rôle de volonté dans la possession – critique de la méthode juridique régnante*, in *Études Complémentaires de l'esprit du droit romain*, vol. III, tradução de O. de Meulenaere, Paris, Chevalier-Marescq éditeurs, 1891 (disponível em https://play.google.com/books/reader?id=_qQyAAAAIAAJ&pg=GBS.PP8&hl=pt)

JHERING, Rudolf von, Sobre o fundamento da protecção possessória, tradução de José A. R. L. González, Lisboa Universidade Lusíada Editora, 2007

JUSTO, António dos Santos, A «Fictio Iuris» no Direito Romano («actio ficticia»), época clássica, separata do vol. XXXII do suplemento do BFDUC, 1988

JUSTO, António dos Santos, As acções do pretor (actiones praetoriae), Coimbra, 1990.

JUSTO, António dos Santos, A execução: pessoal e patrimonial (Direito Romano), em O Direito, ano 125 – 1993, Lisboa, Editora Internacional.

JUSTO, António dos Santos, As relações de vizinhança e a “cautio damni infecti” (Direito romano. Época clássica), em Dereito Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela, vol. II, nº2, 1993.

JUSTO, António dos Santos, A crise romanística, em BFDUC vol. LXXII (1996).

JUSTO, António dos Santos, Direito privado romano, vol. III (direitos reais), STVDIA IVRIDICA 26, Coimbra, Coimbra Editora, 1997.

JUSTO, António dos Santos Direito privado romano, vol. V (direito das sucessões e doações), STVDIA IVRIDICA 97, Coimbra editora, Coimbra, 2006.

JUSTO, António dos Santos, Direito privado romano, vol. I (parte geral), 5ª edição, STVDIA IVRIDICA 50, Coimbra, Coimbra editora, 2011.

JUSTO, António dos Santos, Direito privado romano, vol. II (direito das obrigações), 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

JUSTO, António dos Santos, Precário: direito romano (breve referência aos direitos contemporâneos), Lusíada Revista de Direito, nº13, 2015, pg. 44, disponível em http://repositorio.ulusiada.pt/bitstream/11067/2814/1/LD_13_2.pdf)

JUSTO, António dos Santos, A transferência da propriedade no direito comum (compra e venda e doação), revista Lusíada Direito, nº 21/22, 2019.

KASER, Max, Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht, Weimar, verlag Hermann Böhlau, 1943.

KASER, Max, Derecho Romano Privado, tradução de Jose Santa Cruz Teijero, 2ª ed., Inatituto Editorial Reus, 1982.

LAMBRINI, Paola, L'elemento soggettivo nelle situazioni possessorie del diritto romano classico (disponível em https://www.academia.edu/2495537/Lelemento_soggettivo_nelle_situazioni_possessorie_d_el_diritto_romano_classico).

LARENZ, Karl, Metodologia da Ciência do Direito, tradução de José Lamego, 3ª edição, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LAURIA, Mario, Note sul possesso, in Studi in Onore di Siro Solazzi, Napoli, Casa editrice Dott. Eugenio Jovene, 1948.

LENEL, Otto, Das Edictum Perpetuum, Leipzig, Verlag von Bernhard ta Uchnitz, 1927 (disponível em https://books.google.com/bz/books?id=05E2AQAAMAAJ&printsec=frontcover&hl=it&source=gbs_atb#v=onepage&q&f=false)

LINHARES, José Manuel Aroso, Humanitas, singularidade étnico-genealógica e universalidade cívico-territorial (o “pormenor do Direito da Europa das Nações: um

diálogo com o narrativismo comunitarista, Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela, vol. 15, nº1, 2006

LINHARES, José Manuel Aroso, O binómio casos fáceis/casos difíceis e a categoria de inteligibilidade sistema: um contraponto indispensável no mapa do discurso jurídico contemporâneo?, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017 (disponível em https://ucdigitalis.uc.pt/pombalina/download/wqfDk8Kjw4XDg8ONw47CosKRXWxsaGzClsKRwpvCl2fClWJxZw==/o_binomio.pdf)

LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha, Curso de Direito Romano (história, sujeito e objeto do Direito, instituições jurídicas), Edições do Senado Federal – vol. 78, Brasília, conselho editorial do Senado Federal, 2006 (disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/191619>)

LONGO, Carlo, Corso di Diritto Romano, le cose – la proprietà e i suoi modi di acquisto, Milano, Dott. A. Giuffrè editore, 1946

LONGO, Giannetto, Corso di diritto romano – I (diritto reali), Padova, CEDAM, 1962.

MACHADO, Paulo Cardoso, O Direito entre o modelo político da lex e o paradigma sapiencial do ius, Londrina, Thoth editora, 2020

MAGALHÃES, David, Changing Law by Analogy, the importance of analogical reasoning to the dynamics of private law, since roman legal thought¹, BFDUC vol. XCV (2019), Tomo II.

MAGALHÃES, David, O interdictum quod vi aut clam, uma protecção racional do meio ambiente, BFDUC vol. XCVI (2020), Tomo I

MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo, O jusracionalismo setecentista em Portugal, em Direito natural, justiça e política, II colóquio internacional do Instituto Jurídico Interdisciplinar, Faculdade de Direito do Porto, vol. I, Coimbra editora, 2005.

MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo, *História do direito e o seu ensino na escola de Coimbra*, Coimbra, Almedina editora, 2017

MARKY, Thomas, *Curso elementar de direito romano*, 8ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 1995 (disponível em https://www.academia.edu/36203481/CURSO_ELEMENTAR_DE_DIREITO_ROMANO).

MARQUES, Mário Reis, *Introdução ao direito*, vol. I, 2ª edição, Coimbra, editora Almedina, 2007.

MESQUITA, Manuel Henrique, *Direitos reais (sumário das lições ao curso de 1966-1967)*, Coimbra, policopiado, 1967.

METRO, Antonino, *La «denegatio actionis»*, Dott. A. Giuffrè editore, Milão, 1972.

MONCADA, Luiz Cabral de Oliveira de, *O problema metodológico na ciência da história do direito português (critério para uma nova divisão cronológica)*, *Anuário de Historia del Derecho Espanhol*, Madrid, 1933.

MONCADA, Luiz Cabral de Oliveira de, *A actual crise do romanismo na Europa*, em *BFDUC XVI (1939-1940)*.

MONCADA, Luiz Cabral de Oliveira de, *A actual crise do romanismo na Europa*, em *BFDUC XIX (1943)*

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, *A locatio-conductio e a utilização do domínio público pelos particulares*, em *Fundamentos Romanísticos del Derecho Contemporáneo V. derechos reale*, vol. I, cordenador Luis Rodríguez Ennes, AIDROM, 2021

NARDIS, Mauro de, *The writings of the roman land surveyors: technical and legal aspects*, tese de doutoramento em filosofia University College London, 1994 (disponível em <https://discovery.ucl.ac.uk/id/eprint/1317548/1/247927.pdf>)

NETO, Helmut Steinwascher, *Origem e espécies de propriedade no direito romano*, na *Revista de Direito de São Bernardo do Campo*, ano 11, nº 13, 2007 (disponível em <https://revistas.direitosbc.br/index.php/fdsbc/article/view/230>)

NEVES, António Castanheira, *Escola da exegese*, em *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 1995.

NEVES, António Castanheira, *O problema da autonomia do direito no actual problema da juridicidade*, in J. A. Pinto Ribeiro (coord.), *O homem e o tempo. Liber amicorum para Miguel Baptista Pereira*, Porto, 1999.

NEVES, António Castanheira, *O direito interrogado pelo tempo presente na perspectiva do futuro*, em *O Direito e o Futuro. O Futuro do Direito*, editora Almedina, 2008.

NEVES, António Castanheira, *Uma reconstrução do sentido do direito – na sua autonomia, nos seus limites, nas suas alternativas*, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*, v. 1 n. 1, 2012 (disponível em <https://revistas.ulusofona.pt/index.php/rfdulp/article/view/2965>)

NEVES, António Castanheira, *Metodologia Jurídica (problemas fundamentais)*, *STVDIA IVRIDICA* nº 1, Coimbra, Coimbra Editora, 2013.

NIEBUHR, M. B. G., *Histoire Romaine*, tomo III, tradução de M. P. A. de Golbéry, Paris, F. G. Levrault, 1834, (disponível em https://books.google.pt/books?id=P2sfnFtrRIAC&printsec=frontcover&hl=pt-PT&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false).

PASTORI, Franco, *La Genesi della stipulatio e la menzione della Bona Fides nella lex de Gallia cisalpina con riferimento all'actio ex stipulatu*, in *Studi in onere di Emilio Betti*, vol. III, Milão, Dott. A. Giuffrè editore, 1962.

PEGAS, Manuel Alvarez, *Tractatus de competentis inter archiepiscopos, episcoposue, [sic] et Nuntium Apostolicum cum potestate legati á latere & de eorum potestat*, Ulyssipone Occidentali, ex Typographia Antonii Pedrozo Galram, 1728 (disponível em <https://digitalis-dsp.uc.pt/handle/10316.2/4258>)

PEIXOTO, José Carlos de Matos, *Corpus e animus na posse em direito romano*, Tipografia do Jornal do Comércio, Rio de Janeiro, 1936 (disponível em <https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/692>).

PEROZZI, Silvio, *Istituzioni di diritto romano*, vol. I, 2ª ed., Roma, Athenaeum, 1928.

PICCINELLI, Ferdinando, *Studi e ricerche intorno alla definizione “dominium est ius utendi et abutendi re sua quatenus iuris ratio patitur”*, Napoli, Jovene Editore, 1886

PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª edição por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra, Coimbra Editora, 2012

PINTO, Eduardo Vera-Cruz, *Lições de História do Direito Romano I – Síntese geral [753 a.C. – 565]*, Lisboa, AAFDL editora, 2019.

PINTO, Eduardo Vera-Cruz, *Curso de Direito Romano*, Lisboa, Princípia editora, 2020.

PORTO, Manuel Carlos Lopes, *Economia: um texto introdutório*, Coimbra, editora Almedina, 2014

REALE, Miguel, *Teoria tridimensional do direito, teoria da justiça, fontes e modelos do direito*, Lisboa, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2003.

RIBAS, Brites / VASCONCELOS, Miranda / GOMES, Alves, *Lições de história do direito português – segundo as preleções do exmo. Prof. Doutor M. Paulo Mêrea (1932-1933)*, Coimbra, Coimbra editora, 1933.

RICCOBONO, Salvatore, *La teoria romana dei rapporti di possesso*, em *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, ano XXIII, Roma, 1911.

ROTONDI, Giovanni, *Possessio quae animo retinetur*, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano – studi in memoria di Giovanni Rotondi*, ano XXX, Roma, 1921.

SALEILLES, Raymond, *Étude sur les éléments constitutifs de la possession*, Dijon, Imprimerie Darantier, 1894 (disponível em <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k553679/f1.item>).

SANCHEZ, Antonio Silva / PENCO, Ángel Acedo, *La Persona y La Propiedad en el Derecho Romano*, Madri, editorial Dykinson, 2019.

SANTOS, Moacyr Amaral dos, *Cautio damni infecti*, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, nº 52, 1957 (disponível em <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66270>)

SARLO, Luigi de, *La definizione dell'actio Publiciana nel diritto dei classici*, in *Studi in Onore di Siro Solazzi*, Napoli, Casa editrice Dott. Eugenio Jovene, 1948.

SAVIGNY, Friedrich Carl von, *Tratado de la posesión*, tradução de José Luis Monero Pérez, Granada, Editorial Comares, 2005

SCHULZ, Fritz, *Classical Roman Law*, Oxford, Clarendon Press.

SCIALOJA, Vittorio, *Il possesso del precarista*, em *Per l'VIII centenario della Università di Bologna – studi giuridici e storici*, Roma, L. Pasqualucci Editore, 1888, (disponível em https://books.google.pt/books?id=u0MBAAAAYAAJ&printsec=frontcover&hl=it&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false)

SCIALOJA, Vittorio, *Teoria della proprietà nel diritto romano, vol. I*, Anonima Romana Editoriale, 1933 (disponível em <https://play.google.com/books/reader?id=L3EsAQAAIAAJ&pg=GBS.PP6&hl=pt-BR&printsec=frontcover>).

SCIALOJA, Vittorio, *Procedura Civile Romana (esercizio e difesa dei diritti)*, Anonima Romana Editoriale, 1936.

SILVA, Pedro Henrique Cavalcanti da, *Das limitações do direito de propriedade no direito romano: o seu carácter não absoluto*, Instituto Jurídico – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2018.

TALAMANCA, Mario, *Istituzioni di diritto romano*, Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 1990.

VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de, *Direito das Garantias, 3ª edição*, Porto, Almedina editora, 2020.

VENTURA, Raul, *Manual de Direito Romano I*, Lisboa, Coimbra Editora, 1963

VIEIRA, José Alberto, *A posse (Estudo sobre o seu objecto e extensão. Perspectiva histórica e de direito português)*, Almedina Editora, 2018

VISSCHER, Fernand de, *Mancipium et res Mancipi*, em *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, ano II (1936)

VOLTERRA, Edoardo, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, Edizioni Ricerche, 1961.

WIEACKER, Franz, *História do Direito Privado Moderno*, tradução de A. M. Botelho Hespanha, Lisboa, Fundação Calouste Gulbekian, 1980.

WIEACKER, Franz, Fundamentos de la formación del sistema en la jurisprudencia romana, trad. José Luis Linares, editorial Comares, 1998.

ZAMORANI, Pierpaolo, Possessio e animus, I, Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 1977.