

Descoberta : uma visão geral do instituto¹

Antonio Carlos Morato

Advogado ; Professor do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) ; Professor de Direito de Autor e Direitos Conexos na Sociedade da Informação no Mestrado em Direito da Sociedade da Informação e de Direito Civil e Direito do Consumidor da Faculdade de Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU) ; Doutor e Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) ; Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) ; Diretor da Escola Paulista de Advocacia do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP) .

SUMÁRIO : 1 – Noções e análise histórica ; 2 – Dever de Restituição ; 3 – Recompensa e indenização na hipótese de dolo do descobridor ; Conclusão ; Bibliografia.

1- Noções e análise histórica

O instituto da descoberta, em princípio, consiste na localização de um bem² móvel que foi perdido pelo *achador*, que constitui hipótese bastante diferenciada daquela que envolve o bem abandonado ou a que nunca teve proprietário, pois diante de bem perdido não há a possibilidade de atribuir ao descobridor, desde logo, o direito de propriedade sobre o bem.

Pontes de Miranda definiu o *achador* como aquele “*que apanha coisa perdida*”, esclarecendo a necessidade de ir além da simples localização, vez que “*é preciso que na pessoa se complete o suporte fático*”, com dois elementos necessários: “*encontrar e apanhar, no sentido que tem no sistema jurídico brasileiro*”, podendo tanto ser alguém com capacidade plena, como aquele que é absolutamente incapaz ou relativamente incapaz³.

A Descoberta é regulada por normas que transcendem os limites do Código Civil (Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002), que a previu entre os arts. 1.233 e 1.237, sendo o instituto igualmente regulamentado por normas processuais (arts. 1.170 a 1.176 do Código de Processo

¹ MORATO, Antonio Carlos . Descoberta : uma visão geral do instituto. In: Renan Lotufo ; Giovanni Ettore Nanni ; Fernando Rodrigues Martins. (Org.). *Temas relevantes do Direito Civil contemporâneo : reflexões sobre os 10 anos do Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 746-763. (esgotada)

² Utilizaremos neste artigo os vocábulos “*bem*” e “*coisa*” como sinônimos, não olvidando das distinções doutrinárias que os colocam ora como gênero de um, ora como gênero de outro, dependendo de cada doutrinador.

³ Asseverou Pontes de Miranda que “*é achador tanto o que acha e recolhe a coisa para entregar ao dono, ou à autoridade pública, quanto o que dela se apossa como sua*” e “*se alguém encontra a coisa, a toma para examinar e depois a solta, não se fez achador*”. Especificamente quanto à descoberta, “*o achador não precisa saber se a coisa é nullius ou perdida*”, frisando que “*se é coisa sem dono, não é ele achador*”, complementando que “*o achador pode ser o incapaz, absoluta ou relativamente*” (Cf. Pontes de Miranda . *Tratado de Direito Privado : Parte Especial : Direito das Coisas : Propriedade Mobiliária (bens corpóreos)* . T. XV . p. 197)

Civil), assim como o descumprimento do dever de restituição constitui um crime tipificado no art. 169, parágrafo único, II do Código Penal.

No Direito norte-americano, por exemplo, existe a *Law of finders*⁴ (a lei do que foi encontrado, em tradução livre, cujo escopo é justamente o de proteger os verdadeiros proprietários), o que denota que o tema não é de forma alguma irrelevante.

Pensamos que, para além da análise normativa do instituto da descoberta no Livro das Coisas do Código Civil, seria ainda possível estabelecer uma série de ilações a respeito da percepção do que é ser honesto, do que é certo ou do que é errado em determinada sociedade, quando a norma é cumprida espontaneamente (nunca é demais lembrar o conhecido ditado que diz que “o que é achado não é roubado”) por meio do ato de devolução ao proprietário ou ao legítimo possuidor e que é até motivo de manchetes de jornais.

Há alguns anos, os jornais de todo o país noticiaram – como um fato surpreendente – a devolução de uma carteira com todos os pertences por um gari do Rio de Janeiro, como se o fato de alguém trabalhar em uma profissão com baixa remuneração interferisse em um valor básico como a honestidade e o que deveria ser a regra acaba por tornar-se a exceção.

Uma rápida pesquisa na Internet permite verificar que, em outros países, notícias sobre fatos semelhantes são igualmente veiculadas, tais como “*Mendigo devolve carteira com US\$ 900*” ou “*Homem recebe de volta carteira perdida há 43 anos*”, ressaltando aqui que mais interessante do que a notícia em si é a indisfarçável surpresa com que os fatos foram noticiados.

Tais situações, voltando à questão no Brasil, constituem um bom teste para a eficácia dos princípios da *eticidade* e da *socialidade* apregoados por Miguel Reale como decisivos na elaboração do Código Civil⁵.

⁴ Examinando a *Law of finders*, Jesse Dukeminier e James E. Krier mencionaram que “*the statement regarding mislaid property is correct, but the statement regarding lost property is not – at least in some jurisdictions. Notice, for example, that the statement neglects the distinctions, suggested in Hannah v. Peel, having to do with the circumstances under which lost goods are found: Embedded in the soil, or not ? found in a public place, or a private one Such considerations can matter, Should they ? The statement is also probably inaccurate as to abandoned property, meaning items intentionally and voluntarily relinquished, with no intent to reclaim. The dominant concern of law of finders – to protect true owners – drops out in the case of abandoned property, because the true owner has renounced any claim, but the interests of the owner of the place of the find remain. Should they count ?*” (Cf. Jesse Dukeminier e James E. Krier . *Property* . 5a ed. . p. 120)

⁵ De acordo com Miguel Reale a eticidade e a socialidade foram “*os princípios que presidiram a feitura do novo Código Civil, a começar pelo reconhecimento da necessária indenização de danos puramente morais e pela exigência de probidade e boa-fé tanto na conclusão dos negócios jurídicos como na sua execução*” e ressaltou que “*estabelecidos esses princípios, não foi mais considerada sem limites a fruição do próprio direito, reconhecendo-se que este deve ser exercido em benefício da pessoa, mas sempre respeitados os fins ético-sociais da comunidade a que o seu titular pertence*” (Cf. Miguel Reale . *História do Novo Código Civil* . p. 207)

Em nosso país há não só um dever moral, mas também um dever jurídico na entrega de um bem perdido que foi localizado por alguém. Tal diferença – tanto em nosso sistema jurídico como em alguns outros, pois é importante registrar a visão distinta consubstanciada no tratamento do tema pelo Direito Italiano – é fundamental, justamente pelo fato da localização da coisa perdida não ensejar a aquisição do direito de propriedade em relação à coisa localizada.

A regra comporta exceções – como veremos na seqüência – pois não podemos olvidar que, subsidiariamente, existirá a possibilidade de que a aquisição da propriedade ocorra nos limites estabelecidos pelo parágrafo único do art. 1237, só que em tal hipótese ocorrerá *ocupação*⁶, em razão do abandono do bem.

Lembramos que – ao contrário do Código Civil de 1916 – a descoberta (então denominada de invenção⁷) estava inserida entre as hipóteses de ocupação – o que acarretava certa dificuldade para explicar que a descoberta não constituía hipótese de aquisição da propriedade móvel e que isso só ocorreria em caráter excepcional⁸, pois seu efeito principal é o de gerar o direito à recompensa (assim como o ressarcimento dos gastos realizados para a localização do proprietário ou possuidor) para o descobridor que localizou a coisa que foi perdida.

Tanto na atualidade como durante a vigência do Código Civil de 1916, a descoberta não constitui modo de aquisição da propriedade e só era prevista, como assinalou Washington de Barros Monteiro, em obra atualizada por Carlos Alberto Dabus Maluf, naquela parte do Código, “*reservada à aquisição e perda da propriedade móvel*”, por gerar “*um direito de recompensa em*

⁶ A ocupação deriva de “(‘*occupatio*’, de *ob* + *cupatio* > *occupatio*; *cupio* < *cipio*; de *cápere* = *segurar, ocupar*)”, sendo “o modo originário e não convencional de aquisição da propriedade de uma coisa sem dono (*‘res nullius’*), mediante a tomada de posse (*‘corpus’*) e a intenção de tornar-se dono (*‘animus domini’*)” (Cf. José Cretella Júnior . *Curso de Direito Romano* . 18ª ed. . p. 208)

⁷ Talvez a dificuldade de um tratamento à parte da invenção (ou da descoberta) decorra da própria utilização do termo “*inventor*” ou “*descobridor*” inserido no instituto do tesouro (no qual não há memória do proprietário e que continua previsto como forma de aquisição da propriedade móvel – por meio da ocupação – a partir do art. 1264 do Código Civil em vigor. Sem dúvida alguma, esse é o inconveniente de um termo equívoco (que apresenta significado distinto em contextos diversos). Para tanto, basta lembrar que José Cretella Júnior ao explicar o tesouro como espécie de ocupação mencionou que “*inventor é o nome que se dá ao indivíduo que encontra o tesouro*” e que “*tesouro é o objeto móvel e valioso em relação ao qual desapareceu qualquer direito de propriedade por ter sido enterrado ou escondido, aparecendo depois de uma escavação ou busca, intencional ou casual. A descoberta recebe o nome técnico de invenção (‘inventio’)*” (Cf. José Cretella Júnior . *op. cit.* . p. 209-210)

⁸ Como observaram Nelson Nery Júnior e Rosa Nery, em seus comentários ao art. 1233 do Código Civil em vigor, “o antigo sistema enquadrava a descoberta (invenção) como uma das formas de aquisição e perda da propriedade móvel (CC/1916 – 603 a 606), diferentemente do novo CC, que regula o instituto em seção autônoma dentro das disposições preliminares sobre a propriedade. A alteração se deve por ser a descoberta forma de aquisição da propriedade imóvel apenas quando da hipótese do CC 1237 par. ún.” (Cf. Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery . *Código Civil Comentado* . 4ª ed. . p. 740)

favor do descobridor”, mas não porque atribuisse um direito real sobre o bem que foi encontrado pelo descobridor⁹.

Por sua vez, Carlos Alberto Bittar tratando da antiga sistematização do instituto, mencionou que *“embora não seja propriamente modo de aquisição de propriedade no sistema normativo – que, em verdade, impõe ao inventor a devolução da coisa ou a entrega à autoridade competente – convencionou-se versar a matéria nesse contexto”*, por gerar o direito de recompensa, bem como o reembolso das despesas realizadas com a guarda e a restituição da coisa, considerando acertada, na ocasião *“o deslocamento da matéria para as disposições gerais sobre propriedade feita pelo projeto, sob o nome de descoberta”*, que se tornaria o Código Civil em vigor¹⁰.

O texto normativo em vigor alterou a terminologia adotada, por meio da substituição do vocábulo *“invenção”* (termo que constava no art. 603 do Código Civil de 1916) por *“descoberta”*¹¹

A alteração, sob o prisma teórico, não traz grande relevância, ao menos no que tange ao seu significado para o Direito Civil e adotado também pelos principais léxicos é a de que a descoberta (substantivo feminino, do latim *discooperire*) é *“aquilo que se descobriu ou encontrou por acaso ou mediante busca, pesquisa, observação, dedução ou invenção”* ou ainda o *“achado, invenção, descobrimento”* e a invenção (substantivo feminino, do latim *inventione*) consiste no *“ato ou efeito de inventar, de criar, de engendrar”* ou um *“novo meio ou expediente para alcançar um fim; criação, descoberta”*¹².

Todavia, somente para que evitemos a crítica de que não enfrentamos suficientemente a questão, cabe lembrar, recorrendo ao escólio de Aurélio Wander Bastos, no sentido de que quanto à propriedade industrial, os vocábulos *“descoberta”* e *“invenção”* possuem uma conotação absolutamente distinta, pois a invenção *“consiste na criação de algo inexistente como resultado da capacidade técnica e inventiva do homem”*, ao passo que a descoberta *“é a revelação ou identificação de fenômeno existente na natureza, alcançada através de observação científica do*

⁹ Cf. Washington de Barros Monteiro . *Curso de Direito Civil : Direito das Coisas* . v. 3 . 37ª ed. . revista e atualizada por Carlos Alberto Dabus Maluf . p. 190

¹⁰ Cf. Carlos Alberto Bittar . *Curso de Direito Civil* . v. 2 . p. 916

¹¹ O Projeto 634 (publicado no *Diário do Congresso Nacional* em 13 de junho de 1975 e que tramitou inicialmente na Câmara dos Deputados), manteve inicialmente a antiga designação (arts. 1271 a 1275 do Projeto), que foi alterada posteriormente. Há doutrinadores de renome que alegam que não houve alteração no projeto, mas é fato que encontramos o termo *“invenção”* no *Diário do Congresso Nacional* de 13 de junho de 1975 (Suplemento (B) . p. 062).

¹² Tais definições podem ser encontradas tanto no *Novo Dicionário Aurélio* como no *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, além do *Dicionário Etimológico Nova Fronteira*, de Antônio Geraldo da Cunha . Entre os juristas, ressaltamos que Carlos Alberto Dabus Maluf salientou que o termo descoberta é *“o mesmo que invenção, que quer dizer achar, encontrar, descobrir”* (Cf. Carlos Alberto Dabus Maluf . *Novo Código Civil Comentado* . Ricardo Fiúza (coord.) . 2ª ed. . p. 1136)

homem”, acrescentando que esta não é suscetível de apropriação exclusiva “*constituindo-se em bens ou herança da humanidade*”¹³.

Em nosso sentir, o fato do termo apresentar um sentido plurívoco para cada ramo do Direito, não constitui razão suficiente para que sejam iniciados quaisquer debates doutrinários acerca de tal mudança terminológica, ponderando com acerto Carlos Alberto Dabus Maluf que o tratamento doutrinário – em linhas gerais – deverá ser o mesmo, e “*há apenas, mudança terminológica no título, que usa o vocábulo ‘descoberta’, em vez de ‘invenção’, constante do Código Civil de 1916*”¹⁴.

Diversamente, de extrema relevância é saber se estamos ou não diante de um fato que envolve coisa que possa ser considerada ou não como perdida.

Há dois requisitos na coisa perdida, como é possível depreender da análise de penalistas como Paulo José da Costa Júnior, sendo “*um de natureza objetiva, consubstanciado no fato de a coisa ter saído da esfera de vigilância do possuidor (não será considerada perdida a coisa que esteja na casa de seu proprietário)*” e outro “*de natureza subjetiva, pelo qual o antigo possuidor não tem condições de identificar ou de recordar onde a coisa se encontre*”, esclarecendo ainda que existindo a lembrança “*de onde a coisa se encontre, não pode ser considerada perdida, mas sim esquecida*”¹⁵.

No Direito Civil, tanto a coisa esquecida como a coisa perdida devam ser restituídas¹⁶ e gerem idênticos efeitos e não tenhamos a necessidade de recorrer a algumas sutilezas do Direito Penal a fim de precisar quando será aplicável a pena (muito mais drástica do que a sanção civil).

Todavia, o mesmo raciocínio já havia desenvolvido anteriormente por Pontes de Miranda a fim de analisar não a subjetividade do proprietário que perdeu, mas a do *achador* que localizou o bem perdido e destacava, fundado nas lições de F. Walther, a irrelevância da opinião do achador sobre “*se tratar de coisa perdida ou esquecida, ainda que de boa-fé*”, posto que “*a coisa, o lugar e as circunstâncias é que decidem sobre se ter de considerar como coisa de que alguém se esquecer*

¹³ Ou seja, as descobertas “*não são avaliadas em função da novidade, atividade inventiva ou aplicação industrial, requisitos da invenção*” (Cf. Aurélio Wander Bastos . *Dicionário Brasileiro de Propriedade Industrial e Assuntos Conexos* . p. 72)

¹⁴ Cf. Carlos Alberto Dabus Maluf . *op. cit.* . p. 1136

¹⁵ E isso em razão de que, quanto à coisa esquecida, “*permanece um liame psicológico entre o sujeito e a coisa, que continua a conservar-lhe a posse, mesmo à distância*” (Cf. Paulo José da Costa Júnior . *Código Penal Comentado* . 8ª ed. . p. 542).

¹⁶ “*O descobridor não poderá apropriar-se das coisas vagas, sob pena de responsabilidade civil, acrescendo-se a subsunção da conduta ao tipo esculpido no art. 169, parágrafo único, II do Código Penal. Com efeito, não poderá o descobridor confundir a perda da coisa com o seu abandono pelo proprietário, olvidando-se de que a ocupação é apenas modo de aquisição de propriedade de res nullius e res derelictae (art. 1.263 do CC)*” (Cf. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald . *Direitos Reais* . 2ª ed. . p. 191)

ou coisa perdida, ou como coisa que esquecida como foi (lugar, tempo, natureza ou qualidade da coisa) se há de ter por perdida” para concluir, quanto ao proprietário, que o fato deste ter ou não ciência da perda da coisa seria irrelevante pois é possível que ocorra a perda com a visão da coisa perdida como a caixa que cai em um rio ou o relógio que cai de um trem em marcha, sendo indiferente a negligência do proprietário¹⁷.

Quanto à análise histórica, cumpre salientar que o dever de restituição de coisa que foi perdida ao proprietário ou possuidor encontra-se profundamente enraizado em concepções de natureza moral e religiosa¹⁸, como é possível observar no Antigo Testamento, em versículo que determina que *“se vires extraviado o boi ou a ovelha de teu irmão, não te desviarás deles; sem falta os reconduzirás a teu irmão”* (Deuteronômio 22:1), assim como é advertido todo aquele que enriquece com o que não é seu (Habacuc 2:7)¹⁹.

No que tange ao tratamento diferenciado que é conferido às coisas perdidas em relação às coisas sem dono e às coisas abandonadas, frisamos aqui que tais noções já eram suficientemente desenvolvidas pelos antigos romanos, como asseverou José Carlos Moreira Alves, ao esclarecer

¹⁷ *“Em geral, é indiferente se houve negligência, ou não, do dono da coisa. Quem brincava de jogar pela janela do trem, ou da casa, algum objeto, ou fingia que o ia atirar fora, e o objeto escapole, ou cai, se não o pode ir buscar, ou se não o encontra, por certo que se entende tê-lo perdido”* (Cf. Pontes de Miranda . *Tratado de Direito Privado : Parte Especial : Direito das Coisas : Propriedade Mobiliária (bens corpóreos)* . T. XV . p. 190-191)

¹⁸ A breve análise que aqui empreendemos não pretendeu retirar o foco da questão, mas sim melhor situá-la, pois ainda que o Direito Civil (assim como outros ramos do Direito) tenha sua base na dogmática, sempre é importante refletir, com San Tiago Dantas, que *“o estudo puramente dogmático das instituições conduz, freqüentemente, a certos exageros e erros que precisam ser contrabalançados com o emprego de outros métodos”*, pois *“algumas vezes o dogmatista é levado a criar um corpo de conceitos tão perfeito que julga que já está a ordem jurídica fixada num molde mais ou menos imutável. A sua impressão é que o Direito é aquele sistema que já arrancou das normas jurídicas; e este sistema se torna no seu espírito mais ou menos inflexível. Ora, nada é mais flexível do que o Direito, o Direito acompanha as transformações da realidade, a vida jurídica é um perpétuo dinamismo. Nós aprendemos no estudo do Direito Romano de que modo as circunstâncias políticas, econômicas, sociais ou religiosas fazem com que as instituições se transformem, caso em que as regras jurídicas passam muitas vezes, a exprimir o contrário do dantes exprimiam”* (Cf. Francisco Clementino de San Tiago Dantas . *Programa de Direito Civil* . 3ª edição, revista e atualizada por Gustavo Tepedino . p. 9) e, além disso, *“quando se fala em hermenêutica ou interpretação, advirta-se que elas não se podem restringir tão-somente aos estreitos termos da lei, pois conhecidas são as suas limitações para bem exprimir o direito, o que, aliás, acontece com a generalidade das formas de que o direito se reveste. Desse modo, é ao direito que a lei exprime que se devem endereçar tanto a hermenêutica como a interpretação, num esforço de alcançar aquilo que, por vezes, não logra o legislador manifestar com a necessária clareza e segurança”* (Cf. Rubens Limongi França . *Hermenêutica Jurídica* . 4ª ed. . p. 4)

¹⁹ A obrigação de restituir também está presente em outros pontos da Bíblia, tanto no Antigo como no Novo Testamento. Podemos mencionar ainda que em Eclesiástico 29:4 consta que *“muitos consideraram como um achado o que pediam emprestado, e causaram desgosto àqueles que os ajudaram”*, comentando Átila J. Gonzáles e Ernomar Octaviano – quanto a este versículo – que *“incumbe ao devedor a obrigação de saldar sua dívida dentro do prazo legal”* (Cf. Átila J. Gonzáles e Ernomar Octaviano . *Citações Jurídicas na Bíblia : anotadas* . 4ª ed.). Apesar disso, era na crítica à violação do direito de propriedade sobre bem imóvel que a Bíblia trazia ainda mais objetividade, como ressaltou Régis de Oliveira, quando comentou Deuteronômio 19:14 : *“não se pode aceitar que haja apropriação de terreno de quem quer que seja. Daí se dizer que não se pode invadir terreno de alguém, ‘mudando os marcos dos limites das terras’ (19:14). A vedação é reiterada em Provérbios 22:28. É o que se denomina esbulho possessório. Há a posse e a propriedade. A primeira é mera situação fática de que decorrem efeitos jurídicos, ou seja, alguém está em um imóvel*

que “são coisas sem dono (*res nullius* em sentido amplo) aquelas que nunca o tiveram (*res nullius* em sentido estrito; por exemplo: os animais selvagens²⁰), ou aquelas cujo dono as abandonou, renunciando o seu direito de propriedade (*res derelictae*), ou aquelas que pertencem aos hostes, isto é, aos que estavam em guerra com Roma, ou, mesmo em tempo de paz, aos que não mantinham tratado de amizade com os romanos (*res hostium*)” e que “quanto às *res derelictae*, não o são as coisas perdidas, mas sim as abandonadas. Para que ocorra a *derelictio* (abandono), é necessário que haja um comportamento do proprietário da coisa que inequivocamente traduza a sua intenção de abandoná-la^{21,22}”.

Da mesma forma, J. M. de Carvalho Santos ressaltou o elemento volitivo do proprietário como o traço diferenciador entre as coisas perdidas e as coisas abandonadas ao dizer que “o abandono voluntário por parte do proprietário, com a intenção de deixar a coisa passar a pertencer ao primeiro ocupante é o conceito que, desde o Direito romano, se faz da expressão – *res derelictae*” e “a intenção, para esse conceito, é tudo”, vez que “a simples negligência em reclamar a coisa ou qualquer outro ato negativo não importa na transformação da coisa em *res derelictae*; a derrelição é sempre um ato positivo do proprietário, que abandona voluntariamente a posse da coisa, com intenção de deixar que ela seja adquirida pelo primeiro ocupantes (*d. de acq. Vel amitt.*

para tê-lo como seu. A segunda hipótese é o direito de propriedade que ocorre após o registro aquisitivo” (Cf. Régis Fernandes de Oliveira . *O Direito na Bíblia : Uma análise do texto bíblico sob a ótica e perspectiva do Direito* . p. 54)

²⁰ Quando aos animais, cabe ainda a transcrição dos ensinamentos do jurista quanto à caça (*aucupium*) e à pesca (*piscatio*), posto que eram objeto de caça “as *ferae bestiae* (isto é, os animais selvagens, e que, conseqüentemente, se encontram em estado de liberdade natural) e os animais domesticados que perdaram o hábito de regressar à casa do dono (*animus reuertendi*). Os juristas romanos discutiam sobre qual seria o momento em que ocorreria a aquisição da propriedade, por ocupação, dos animais caçados: alguns – como Trebácio – entendiam que o caçador que tivesse ferido o animal de modo que pudesse apreendê-lo e que o estivesse perseguindo já adquirira a propriedade sobre ele, tanto que cometeria furto outro caçador que, durante essa perseguição, se apoderasse do animal; outros, porém – e essa a opinião que predominou no direito clássico e que foi acolhida no direito justiniano –, julgavam que a aquisição da propriedade, nesses casos, só se verificava com a apreensão efetiva do animal ferido. Por outro lado, o caçador, por ocupação, adquiria a propriedade da coisa ainda que tivesse caçado o animal em terreno alheio e contra a vontade do dono (que poderia, apenas, obter judicialmente indenização pelos danos que, porventura, seu imóvel tivesse sofrido), salvo se o imóvel se destinasse especialmente à caça (isto é, quando ocorria o que modernamente se denomina constituição de reserva de caça). O mesmo não sucedia, porém, com relação à pesca, pois, além dos casos de reserva de pesca em águas de propriedade privada, havia concessões exclusivas de pesca, em favor de certas pessoas, feitas, a título oneroso, pelo Estado (na hipótese de águas públicas) ou por particular (no caso de águas privadas)” (Cf. José Carlos Moreira Alves . *Direito Romano* . 14ª ed. . p. 306).

²¹ Da mesma forma, os antigos romanos tiveram o escopo de estabelecer o momento em que ocorreria o abandono, relatando que “os jurisconsultos romanos, no início do principado, divergiam sobre o momento em que o proprietário, que abandonara a coisa, perdia sua propriedade: segundo Prócuro, isso ocorria somente quando terceiro se apoderasse da coisa, fazendo-a sua por ocupação; para Sabino e Cássio, a perda da propriedade se dava no instante mesmo em que se verificava o abandono – esta a opinião que prevaleceu no direito clássico, e que foi acolhida no direito justiniano. Demais, segundo alguns autores modernos – no que não são seguidos pela maioria dos romanistas –, a aquisição da propriedade das *res derelictae* não se verificava, no direito romano, por ocupação, mas, sim, por aquisição derivada paralela à *traditio* (haveria como que uma *traditio*) a pessoa indeterminada” (Cf. José Carlos Moreira Alves . *op. cit.* . p. 306-307).

²² Cf. José Carlos Moreira Alves . *op. cit.* . p. 306

Poss. 41, 2, l 1, pro derel. 41, 7). Há de haver sempre, portanto, uma renúncia simultânea da posse e do domínio”²³

Quanto às coisas sem dono (*res nullius*), mesmo que tal reflexão transcenda os limites deste trabalho, registramos que a aquisição das coisas sem dono por meio da ocupação – ainda que importante para o Direito Romano e igualmente necessária para a fixação das premissas necessárias para a compreensão do instituto da descoberta – deve ser rediscutida como conceito e ter sua importância relativizada no contexto atual

E isso porque tanto é limitado o número de coisas sem dono²⁴ como há uma relevância crescente da proteção ao meio ambiente, que não mais admite a inserção da caça e da pesca como direitos exercitáveis sem qualquer limite, sob o argumento de que a coisa apreendida não teria dono²⁵, lembrando que há a proibição da caça em algumas regiões do país²⁶, como também uma reelaboração doutrinária pelos ambientalistas do conceito de que animais em estado natural seriam apropriáveis²⁷.

²³ Cf. J. M. de Carvalho Santos . Código Civil Brasileiro Interpretado . Direito das Coisas (arts. 554-673) . v. VIII . 10ª ed. . p. 213

²⁴ Washington de Barros Monteiro enfatizou que a ocupação – como modo originário de aquisição e de apropriação de coisa sem dono - embora tenha tido a primazia como modo de aquisição da propriedade, sob o ponto de vista histórico, é – atualmente – “*bastante restrita sua aplicação, porque extraordinariamente limitado o número de coisas sem dono*” (Cf. Washington de Barros Monteiro . *op. cit.* . p. 187)

²⁵ Lembramos aqui que nossa observação nada tem a ver com a exceção tradicional, no sentido da existência de um proprietário de um terreno ou de rio não-navegável – mediante a regra de que o proprietário do principal seria também proprietário do acessório – traria como consequência ser igualmente do proprietário o direito de ficar com o animal que foi abatido em seu terreno ou com o peixe que foi retirado do rio.

²⁶ A Constituição do Estado de São Paulo, aprovada em 5 de outubro de 1989 coibiu a caça em todo seu território, por meio do artigo 204 (“*fica proibida a caça, sob qualquer pretexto, em todo o Estado*”). Há, no Supremo Tribunal Federal ação (ADIN 350-0/600) que aguarda julgamento a respeito da constitucionalidade de tal dispositivo, mas a simples inserção – independente do resultado do julgamento – já demonstra a necessidade de um redimensionamento da questão, que não pode mais ficar adstrita aos estreitos limites de uma visão excessivamente privatista.

²⁷ Em tal sentido, mencionamos o posicionamento de Marcelo Abelha Rodrigues e Celso Antonio Pacheco Fiorillo, defendendo a natureza difusa de tais bens: “*o legislador constituinte demonstrou a sua existência quando aludiu a bem ambiental de natureza difusa (art. 225 da CF), de uso comum do povo, cuja defesa incumbe tanto ao Poder Público quanto à coletividade*” e “*o mesmo diapasão foi seguido pelo legislador infraconstitucional quando, em 1990 (Lei n. 8.078), cuidou de explicitar, conceituar e dar tratamento processual aos denominados bens difusos*”, estando os autores alinhados ao pensamento de Sérgio Ferraz, para quem o patrimônio não seria *res nullius*, mas sim *res communes omnium* (Sérgio Ferraz em “Responsabilidade Civil por Dano Ecológico”, artigo publicado na *Revista de Direito Público* (p. 49-50) *apud* Marcelo Abelha Rodrigues e Celso Antonio Pacheco Fiorillo . *Manual de Direito Ambiental e Legislação Aplicável* . p. 94-95)

2- Dever de Restituição

O dever de restituição da coisa perdida, previsto no art. 1233 do Código Civil²⁸, deriva da ilegitimidade da posse que, dentro da concepção que defendemos, caracteriza-se como uma hipótese de posse precária²⁹ e, por tal razão, insuscetível de convalidação pelo decurso do tempo. A razão do dever de restituição é justamente a impossibilidade de considerar a descoberta como um meio de aquisição da propriedade móvel.

Em tal contexto, acreditamos que o Projeto de Lei 699 de 2011, apresentado pelo Deputado Federal Arnaldo Faria de Sá³⁰, ao tratar da possibilidade de reaver o bem perdido por meio do art. 1.210, § 2º *reforça a concepção que defendemos* ao estabelecer que *“se a coisa móvel ou título ao portador houverem sido furtados ou perdidos, o possuidor poderá reavê-los da pessoa que o detiver, ressalvado a esta o direito de regresso contra quem lhos transferiu. Sendo o objeto comprado em leilão público, feira ou mercado, o dono, que pretender a restituição, é obrigado a pagar ao possuidor o preço pelo qual o comprou”*³¹.

A possibilidade de reaver o bem denota a inexistência de meios que convalidem a posse e a imperatividade de sua devolução, ainda que exista a necessidade de pagamento ao possuidor quando a compra tiver ocorrido em leilão público, feira ou mercado.

Quem encontrou o bem deverá entregá-lo ao proprietário ou ao legítimo possuidor e, não os conhecendo, deverá entregar o bem à autoridade competente.

Como sublinhou Caio Mário da Silva Pereira, em trabalho atualizado por Carlos Edison de Rêgo Monteiro Filho, *“nem pelo fato de ser desconhecido este se ameniza o preceito”* (contido no *caput* do art. 1.233 do Código Civil), pois o parágrafo único do mesmo dispositivo destaca o fato de que ao descobridor cabe *“tudo fazer para descobri-lo, mediante comunicação às pessoas*

²⁸ Art. 1.233 do Código Civil: *“quem quer que ache coisa alheia perdida há de restituí-la ao dono ou legítimo possuidor”*. Parágrafo único: *“não o conhecendo, o descobridor fará por encontrá-lo, e, se não o encontrar, entregará a coisa achada à autoridade competente”*.

²⁹ Como já sustentamos nos comentários que apresentamos ao tema em outra obra (MORATO, Antonio Carlos. Comentários ao Livro III (Do Direito das Coisas) - arts. 1.196 a 1.276. In: Antonio Cláudio Costa Machado; Silmara Juny Chinellato. (Org.). Código Civil Interpretado: Artigo por Artigo, Parágrafo por Parágrafo. 4 ed. Barueri: Manole, 2011).

³⁰ Na Câmara dos Deputados, a Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio em sessão legislativa realizada no dia 21 de dezembro de 2011, entre as proposições sujeitas à apreciação conclusiva pelas comissões, teve parecer do relator Deputado Federal Felipe Bornier pela aprovação do PL Nº 699/11, com emendas.

³¹ As razões da inclusão de tal dispositivo estão expostas da seguinte forma: *“Art. 1.210: No que tange ao artigo 1210, por sugestão do professor Joel Dias Figueira Júnior, procedeu-se ao acréscimo de mais um parágrafo, no caso o 2º, renumerando-se o atual § 2º para § 3º. Com isso, mantém-se no sistema a proteção das vindicatórias da posse, colocando-as no devido lugar, isto é, nos “efeitos da posse” e não no capítulo da “perda da posse” como se encontrava, equivocadamente, inserido no CC/16. A exclusão das ações vindicatórias da posse do sistema legislativo representaria um retrocesso e, por conseguinte, um prejuízo manifesto ao jurisdicionado”*.

conhecidas ou aos prováveis interessados” por meio de “consulta aos anúncios em jornais, afixação de avisos pela imprensa, etc., até que apareça quem a ela tem direito”³².

Haverá, inclusive, como ressalta Carlos Alberto Dabus Maluf, a expedição de editais se o valor da descoberta comportar tal medida, constatando o autor que tal artigo foi uma inovação do Código Civil em vigor. *“o artigo é uma inovação introduzida pelo Código Civil de 2002, restringindo a expedição do edital se o valor da descoberta o comportar”³³*

Carlos Frederico Barbosa Bentivegna, discorrendo sobre os esforços que dever ser realizados pelo descobridor ponderou que *“os esforços esperados são aqueles atribuíveis ao bônus pater famílias, o homem médio”, não se exigindo deste uma “busca frenética e dispendiosa ao verdadeiro dono ou legítimo possuidor”, “mas que procure informar-se quanto a seu paradeiro e atente a eventuais anúncios, podendo mesmo fazê-los publicar” e a razão da necessidade de entrega à autoridade competente decorre da sanção que o atingirá caso não o faça, pois tal conduta é considerada como ilícito penal³⁴.*

Tal ilícito, previsto como “apropriação de coisa achada” no art. 169, parágrafo único, II do Código Penal, foi assim descrito pelo legislador: “quem acha coisa alheia perdida e dela se apropria, total ou parcialmente, deixando de restituí-la ao dono ou legítimo possuidor ou de entregá-la à autoridade competente” deve devolvê-la em um prazo estipulado em quinze dias sob pena de detenção de um mês a um ano ou multa.

Como esclareceu Júlio Fabbrini Mirabete, esse crime pode envolver mesmo a pessoa encarregada de localizar o bem perdido e, se o local for determinado mudará o tipo penal, pois cometerá o crime de furto quem se apossar da coisa perdida³⁵ e, caso o agente considere que a coisa foi abandonada e não perdida ocorrerá o erro de tipo que excluirá o dolo³⁶ da conduta³⁷.

³² Cf. Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de Direito Civil : Direitos Reais* . v. IV . 18ª ed. . revista e atualizada por Carlos Edison de Rêgo Monteiro Filho . p. 165

³³ Cf. Carlos Alberto Dabus Maluf . *op. cit.* . p. 1138

³⁴ Cf. Carlos Frederico Barbosa Bentivegna . *Comentários ao Código Civil : artigo por artigo*. Carlos Eduardo Nicoletti Camillo ; Glauber Moreno Talavera ; Jorge Shiguemitsu Fujita ; Luiz Antonio Scavone Júnior (Orgs.) . São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006 . p. 917

³⁵ Segundo Júlio Fabbrini Mirabete, o *“sujeito ativo do crime de apropriação de coisa achada é quem encontra e se apropria da coisa alheia perdida. O descobridor (inventor) deve entregar ao proprietário, se souber quem é ele, ou à autoridade competente, a coisa perdida que encontrar. Mesmo a pessoa que tiver sido encarregada de procurar a coisa pode cometer o crime se se apropriar dela. Caso, entretanto, seja ele enviado a buscar a coisa em local determinado cometerá furto se dela se apossar”*. (Manual de Direito Penal . v. 2 . 6ª ed. . São Paulo : Atlas, 1991. p. 268)

³⁶ Comentando os aspectos gerais do art. 169 do Código Penal ensina Paulo José da Costa Júnior que o dolo existe no momento da apropriação do bem e não da simples posse, já que *“a lei não reprime o apossar-se, que se dá pelo casus; condena o comportamento ulterior do agente, após ciente de estar na posse de coisa alheia, da qual passa a utilizar-se como se proprietário fosse. O agente haverá de conduzir-se com animus lucrandi, podendo o proveito injusto reverter em seu benefício ou de terceiro”* (Código Penal Comentado . 8ª ed. . São Paulo : DPJ, 2005 . p. 539-540)

Paulo José da Costa Júnior, discorrendo a respeito da apropriação de coisa achada destaca o fato de que tal delito *“configura outro tipo mitigado de apropriação indébita pela ausência da tradita fidúcia, em que o agente, após achar a coisa perdida, dela se apropria, total ou parcialmente”,* uma vez que *“pressupõe uma res deperdita, cujo encontro poderá até não ser casual, como quando o inventor tenha recebido do proprietário o encargo de procurá-la”,* sendo possível dissociar *“o apropriar-se de uma coisa perdida (vácua possessionis) do apropriar-se de uma coisa esquecida”,* pois *“a primeira conduta caracteriza o crime de que nos ocupamos, enquanto a outra consubstancia o furto”* ³⁷.

Como ensina o penalista, existem dois requisitos para considerar que o bem foi perdido, sendo o primeiro de natureza objetiva, pois o bem saiu da esfera de vigilância do possuidor (não é considerado como perdido o bem que esteja no apartamento de seu proprietário) e outro de natureza subjetiva dante da impossibilidade de identificação do local onde a coisa se encontra e, se tal lembrança ocorrer, a coisa não foi perdida e sim esquecida, uma vez que *“em tal hipótese, permanece um liame psicológico entre o sujeito e a coisa, que continua a conservar-lhe a posse, mesmo à distância.”* ³⁸.

Os dispositivos penais impossibilitam o exercício do direito de retenção, ainda que não haja disposição expressa no âmbito civil, como assinala Paulo Nader, para quem *“embora justo, revela-se incompatível com a prescrição do Código Penal”* e isso porque o descobridor *“sob pena de estar praticando ação criminosa, no prazo de quinze dias deve entregar a coisa alheia achada à*

³⁷ Júlio Fabbrini Mirabete acentua que *“o dolo é a vontade de não cumprir a obrigação civil de devolver a coisa ou entregá-la à autoridade, para dela se fazer dono (animus rem sibi habendi). É mister que fique positivado, assim, o propósito de não restituir ou a consciência de não mais poder fazê-lo (RT 493-345), não se equiparando ao dolo a simples negligência do inventor que demora a restituir a coisa ou entregá-la à autoridade. Supondo o agente que a coisa que encontrou foi abandonada, tais as condições dela, quando se trata, na verdade, de coisa perdida, há erro de tipo que exclui o dolo. É possível que, conforme as condições do sujeito, possa ocorrer o erro sobre a ilicitude do fato quando não tinha ele possibilidade de reconhecer a obrigação da entrega da coisa à autoridade”* (op. cit. . p. 269)

³⁸ Cf. Paulo José da Costa Júnior . *Código Penal Comentado* . 8ª ed. . São Paulo : DPJ, 2005 . p. 542

³⁹ Completa seu raciocínio afirmando que *“se o sujeito abandonar a coisa (res derelicta), torna-se coisa de ninguém (res nullius), podendo ser objeto de ocupação sem configurar crime algum. A objetividade jurídica imediata é a tutela do patrimônio e, mediatamente, poderá ser tutelada a posse”*. São sujeitos de tal crime: *“sujeito agente é quem encontrar a coisa perdida (inventor), apropriando-se dela. Agente poderá ser a própria pessoa incumbida pelo proprietário de achar a coisa perdida. Sujeito passivo do crime é o proprietário, ou mesmo o possuidor, que tenha perdido a coisa de outrem”* e os pressupostos fáticos da conduta ilícita são: *“1) a perda da coisa; 2) o seu encontro, que pode ser casual ou não. A conduta consiste em apropriar-se o inventor da coisa alheia perdida. Consuma-se o crime após o decurso de quinze dias da data em que a coisa perdida foi achada. Isto porque a lei dá esse prazo ao inventor para entregá-la a seu proprietário ou legítimo possuidor, se conhecê-lo. Não o conhecendo, terá igual prazo para consignar p. 543 a res desperdita encontrada à autoridade competente (policial ou judiciária). É a obrigação que lhe compete, conforme a lei (obligatio ex lege)”,* sendo o elemento subjetivo *“a consciência e a vontade de apropriar-se de coisa alheia perdida, sem restituí-la a seu legítimo titular ou à autoridade competente. Indispensável à configuração do dolo que saiba o agente de que se trata de coisa alheia perdida. Se imaginar tratar-se de uma res nullius, ou de uma res derelicta, a falta do dolo elimina o caráter culpável da conduta”*. (Cf. Paulo José da Costa Júnior . op. cit. . p. 542-543)

autoridade policial”, eis que “se há o dever legal de entrega da coisa, como admitir-se sua retenção ?”⁴⁰.

Inexiste ainda, no âmbito civil, prazo expresso a respeito do tempo para pleitear a devolução do bem, ao contrário do Código Civil francês (1804) estabeleceu, no artigo 2279⁴¹, um lapso temporal de três anos, de natureza decadencial⁴², como apontaram Aubry e Rau ainda em 1897, para a reivindicação da coisa perdida, prazo igualmente aplicável à hipótese de roubo o que, uma vez mais deixa manifesta a opção do legislador em favor da caracterização como posse precária que ficará mais evidente, em nosso sentir, caso ocorra a aprovação da já mencionada alteração do art. 1.210 pelo PL 699/11.

Há, no Brasil, a soma dos quinze dias para a entrega à autoridade competente (art. 169, parágrafo único, II do Código Penal), contados da descoberta, passando pela divulgação da descoberta, a cargo da autoridade, por meio da imprensa e outros meios de informação (art. 1.236 do Código Civil) aos sessenta dias da divulgação mencionada com a possibilidade de venda em hasta pública e a destinação da recompensa ao descobridor.

O art. 1.210 do PL 699/11 resolve parte do problema, pois haverá o pagamento do preço ao possuidor que comprou o bem em hasta pública pelo dono e em tal preço já terá sido incluído o valor da recompensa paga ao descobridor, assim como estará resolvido o problema de reaver a coisa da pessoa que esteja com o bem, sendo assegurado a esta o direito de regresso em face de quem transferiu o bem.

Entretanto, continua a ser uma situação delicada a que envolve o parágrafo único do art. 1.237 do Código Civil⁴³, no qual o Município poderá “abandonar” o bem em favor de quem o achou se este for considerado como de diminuto valor (já que podemos ter bens de valor

⁴⁰ O autor citado embasou sua conclusão no argumento apresentado por Arnaldo Medeiros da Fonseca em sua obra “Direito de Retenção”, mencionando ainda que autores do porte de Pontes de Miranda admitem o direito de retenção para os possuidores de boa-fé (Cf. Paulo Nader . *Curso de Direito Civil : Direito das Coisas* . v. 4 . 4a ed. . Rio de Janeiro : Forense, 2010 . p. 103-104).

⁴¹ “En fait de meubles, la possession vaut titre. Néanmoins celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose peut la revendiquer pendant trois ans à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains duquel il la trouve ; sauf à celui-ci son recours contre celui duquel il la tient”.

⁴² “La revendication d’un objet perdu ou volé ne peut s’exercer que pendant trois années, à partir de la perte ou du vol. En limitant à ce terme la durée de la revendication l’art. 2279 n’a établi, ni une usucapion triennale, semblable à celle du Droit romain, ni même une prescription extinctive proprement dite, mais une simple déchéance, qui peut être invoquée par le possesseur actuel, quelque courte qu’ait été la durée de sa possession, et qui, d’un autre côté, peut être opposée à toutes personnes indistinctement, notamment aux mineurs et aux interdits” Cf. Aubry ; G. Rau . *Cours de Droit Civil Français* . Paris : Marchal et Billard , 1897. / p. 151

⁴³ Art. 1.237 do Código Civil : “decorridos sessenta dias da divulgação da notícia pela imprensa, ou do edital, não se apresentando quem comprove a propriedade sobre a coisa, será esta vendida em hasta pública e, deduzidas do preço as despesas, mais a recompensa do descobridor, pertencerá o remanescente ao Município em cuja circunscrição se deparou

sentimental), mas a solução, embora incompleta (e ainda envolvendo uma faculdade e não um dever), ainda é melhor do que a do Código Civil anterior, em que o bem necessariamente tornar-se-ia público⁴⁴.

Diferenças	Código Civil / 2002	Código Civil / 1916
Ente legitimado para a titularidade do valor remanescente	<i>Município</i>	<i>Estado, Distrito Federal e União, quando o bem móvel fosse localizado em território</i>

Voltando à questão dos prazos, Carlos Alberto Dabus Maluf destacou a semelhança da redação atual à do Código Civil de 1916, mas com duas importantes alterações⁴⁵: “a) *reduz o prazo de seis meses para sessenta dias; b) faculta ao Município, agora o único ente público que pode beneficiar-se da descoberta, abandoná-la se o seu valor for ínfimo*”⁴⁶.

Diferenças	Código Civil / 2002	Código Civil / 1916
Prazo para a venda em hasta pública	<i>60 dias contados da divulgação da notícia pela imprensa ou do edital</i>	<i>6 meses contados do aviso à autoridade competente</i>

o objeto perdido”. Parágrafo único: “sendo de diminuto valor, poderá o Município abandonar a coisa em favor de quem a achou”.

⁴⁴ Art. 606 do Código Civil de 1916: “se, decorridos seis meses do aviso à autoridade, ninguém se apresentar, que o mostre domínio sobre a coisa, vender-se-á em hasta pública, e, deduzidas do preço as despesas, mais a recompensa do inventor (art. 604), pertencerá o remanescente ao Estado, onde se deparou o objeto perdido”. A redação anterior, dada pelo Decreto do Poder Legislativo 3.725 de 1919, estabelecia que “decorridos seis meses do aviso à autoridade, não se apresentando ninguém que mostre domínio sobre a coisa, será esta vendida em hasta pública, e, deduzidas do preço as despesas, mais a recompensa do inventor (art. 604), pertencerá o remanescente ao Estado ou ao Distrito Federal, se nas respectivas circunscrições se deparou o objecto perdido, ou à União, se foi achado em territorio ainda não constituído em Estado”.

⁴⁵ Carlos Frederico Barbosa Bentivegna complementa tal constatação, relatando que “o prazo anteriormente assinado pelo art. 606 do CC/16 era bem maior (seis meses). Com a nova regra, deverá a autoridade depositária da coisa descoberta, após frustradas as providências determinadas pelo artigo anterior, vender a coisa em hasta pública, deduzindo do preço: i) as despesas havidas com sua conservação e procura pelo dono; ii) a recompensa devida ao descobridor e iii) as despesas comprovadas pelo descobridor com a conservação e transporte da coisa. Em havendo algum saldo do valor auferido na hasta pública, este será entregue ao Município em cuja área se tenha encontrado a coisa. A regra anterior atribuía este valor ao Estado, ou ao Distrito Federal, se nas respectivas circunscrições se deparou o objeto perdido, ou à União, se foi achado em território ainda não constituído em Estado (art. 606 do CC/16)” (Cf. Carlos Frederico Barbosa Bentivegna. *Comentários ao Código Civil : artigo por artigo*. Carlos Eduardo Nicoletti Camillo ; Glauber Moreno Talavera ; Jorge Shiguemitsu Fujita ; Luiz Antonio Scavone Júnior (Orgs.) . p. 918)

3- Recompensa e Indenização na hipótese de dolo do descobridor

Como adiantamos há, em razão do disposto no art. 1.234 do Código Civil, o dever legal de restituição do objeto alheio que foi localizado pelo descobridor que, em contrapartida terá direito a receber uma *recompensa* daquele que é o proprietário do objeto.

Utiliza-se um termo técnico – *achádego*⁴⁷ – com o fito de descrever a recompensa devida quando ocorre a localização da coisa perdida, sendo também utilizado o termo “*alvíssaras*”, derivando esta “*do árabe al-buxrã – boa nova*”, consistindo a recompensa um direito exercitável por “*aquele que restitui a coisa alheia perdida, que achou*”, levando à conclusão de que “*o portador da boa nova deve ser recompensado, independentemente da vontade do dono*”⁴⁸, a não ser que este tenha a intenção de abandonar a coisa, sendo tal regra válida tanto no Código Civil atual como no anterior.

Em face do elemento volitivo do proprietário, qual seja, o de não abandonar o bem encontrado pelo descobridor, enfatizou Carlos Alberto Dabus Maluf que a “*recompensa deve ser entendida como a indenização paga pela conservação e transporte da coisa*”⁴⁹, enquanto para Orlando Gomes o direito seria o de “*receber uma recompensa ou gratificação denominada achádego, acrescida da indenização, a que também faz jus, das despesas efetuadas com a conservação e transporte da coisa*”⁵⁰.

Os critérios para a fixação do valor da recompensa, sempre tomando como parâmetro um percentual nunca inferior a cinco por cento, estão previstos no próprio texto legal (art. 1.234, parágrafo único do Código Civil) e envolvem o esforço desenvolvido pelo descobridor para a localização do proprietário ou do legítimo possuidor, as possibilidades que estes teriam de localizar a coisa (deve ser avaliada a dificuldade de acesso ao bem) e ainda a situação econômica de ambos.

⁴⁶ Cf. Carlos Alberto Dabus Maluf . *op. cit.* . . p. 1138

⁴⁷ No *Novo Dicionário Aurélio* podemos encontrar a expressão com sentidos diversos, o primeiro em sentido mais amplo e o segundo em seu sentido jurídico: 1.Coisa achada; achado e 2. Jur. Recompensa devida a quem restitui coisa achada.

⁴⁸ Cf. Comissão de Redação . “Achádego” . *Enciclopédia Saraiva do Direito* . v. 4. . Rubens Limongi França (coord.) . São Paulo : Saraiva, 1977. p. 80

⁴⁹ Cf. Carlos Alberto Dabus Maluf . *op. cit.* . p. 1137

⁵⁰ Cf. Orlando Gomes . *Direitos Reais* . 17ª ed. . atualização e notas de Humberto Theodoro Júnior . p. 177

Apropriando-se dolosamente o descobridor do bem localizado ou mesmo retardando sua entrega responderá por perdas e danos, aplicando-se o princípio geral de responsabilização por ato doloso⁵¹.

A indenização, como sustentou Carlos Frederico Barbosa Bentivegna deverá ser a mais ampla possível, devendo o descobridor indenizar de forma efetiva o proprietário lesado, ainda que o texto legal não explicita parâmetros para o ressarcimento do dano em tal caso⁵².

Diferenças	Código Civil / 1916	Código Civil / 2002
Ente legitimado para a titularidade do valor remanescente	Estado, Distrito Federal e União, quando o bem móvel fosse localizado em território	Município
Percentual da recompensa	Recompensa sem percentual fixado	Recompensa não inferior a 5%

Cumpramos destacar a inexistência, no Código Civil de 1916, de um percentual fixado pelo legislador, ainda que – como bem ressaltou Rubens Limongi França – a omissão mencionada não existisse no Projeto que originou o Código, pois este determinava inicialmente que a importância não seria inferior à décima parte do valor do objeto encontrado⁵³.

Finalizamos ressaltando que os bens perdidos⁵⁴ em mares ou rios navegáveis⁵⁵ recebem tratamento em lei especial (Lei 7.542, de 26 de setembro de 1986), existindo diferenças na questão dos prazos para devolução do bem e na responsabilidade estatal quanto à devolução⁵⁶.

⁵¹ Para Carlos Alberto Dabus Maluf “este artigo prevê a indenização se o descobridor proceder com dolo – é a aplicação do princípio geral da responsabilidade pelo dolo” (Cf. Carlos Alberto Dabus Maluf . op. cit. . p. 1137).

⁵² Desta forma, “comprovada a intenção do descobridor em prejudicar o dono ou legítimo possuidor da coisa, tentando dela assenhorear-se ou retardando sua devolução, terá o descobridor o dever de indenizar todos os prejuízos experimentados pelo dono ou possuidor. Tal indenização, no nosso entender, deve dar-se do modo mais amplo, embora não tenha explicitado o Código; abrangendo os danos emergentes e os lucros cessantes” (Cf. Carlos Frederico Barbosa Bentivegna . Comentários ao Código Civil : artigo por artigo. Carlos Eduardo Nicoletti Camillo ; Glauber Moreno Talavera ; Jorge Shiguemitsu Fujita ; Luiz Antonio Scavone Júnior (Orgs.) . p. 918)

⁵³ Ao comentar o art. 604 do Código Civil de 1916, Rubens Limongi França relatou que “quanto ao direito à recompensa (art. 604), é acompanhado da indenização com a conservação e transporte da coisa ‘se o dono não preferir abandoná-la’. Por outro lado, não está determinado o quantum dessa recompensa. Diferentemente do que dispunha o Projeto, no art. 442, que estabelecia importância ‘não menor do que a décima parte do seu valor’, opina Bevilacqua (Código Comentado, III, 152) que a respectiva fixação fica ao critério das partes e, se não houver acordo, ao arbítrio da autoridade competente” (Cf. Rubens Limongi França . Manual de Direito Civil . v. 3 . p. 160)

⁵⁴ O art. 3º da Lei 7.542/86 considera o bem como perdido mediante uma declaração à autoridade naval ou mesmo se o responsável não for conhecido, se estiver ausente ou não manifestar sua disposição de providenciar imediatamente “a flutuação ou recuperação da coisa ou bem, mediante operação de assistência e salvamento”.

⁵⁵ Os franceses, como observou Roberto Ruggiero distinguem as coisas perdidas (épaves) em marítimas, fluviais e terrestres. Além disso, ao analisar o Código Civil Italiano, tal autor destacou o art. 933 (“I diritti sopra le cose gettate in mare o sopra quelle che il mare rigetta o sopra le piante e le erbe che crescono lungo le rive del mare sono regolati dalle leggi speciali (c.nav. 510)”), ensinando que “diversa é, finalmente, a disciplina relativa às coisas que foram lançadas ao mar por ocasião de um naufrágio, que foram arremessadas pelo mar, e às plantas e ervas que crescem nas praias. O art. 719 do CC remete nestes casos para as leis especiais, devendo ter-se em conta os arts. 125 e segs. Do código quanto à

Conclusão

Sem dúvida alguma, constitui um dado relevante verificar que remanesce a base moral e religiosa no dever jurídico de restituir o que é alheio, posto que o conceito de honestidade é influenciado não só pelo receio da sanção aplicada pelo Estado, mas pela percepção do certo e do errado que sofrem influência de uma grave crise de valores, a tal ponto que, quando discutimos o tema da descoberta com aqueles que com ele travam um primeiro contato, encontramos reações que vão desde a ironia diante da dificuldade de aplicação do dispositivo até a surpresa de quem acreditava na veracidade do ditado de que o *“achado não é roubado”*.

Tal percepção de como o instituto da descoberta é recebido – até mesmo entre os futuros operadores do Direito – leva a refletir sobre o próprio destino da norma jurídica que, como destacou Pietro Perlingieri, tem um destino singular por exprimir uma realidade historicamente passada e ser *“chamada, ao contrário, a intervir em uma realidade presente, às vezes muito diversa daquela originária”* e *“quanto mais o ordenamento jurídico se identifica ou tende a se identificar com aquele social, político, econômico, tanto mais a identificação do valor fundado no critério normativo será conforme a realidade efetiva”*⁵⁷.

Portanto, a eficácia do instituto analisado no Código Civil em vigor, notadamente inspirado pelos princípios da *eticidade* e da *socialidade*, como apregoou Miguel Reale quando da sua aprovação e que devem sempre ser lembrados, notadamente no âmbito das comemorações dos

marinha mercante (art. 933 do CC). Pertencem ao Estado as plantas e as ervas das praias, visto serem estas, pelo nosso direito, propriedade sua. Pertencem aos seus proprietários as coisas lançadas ao mar para aligeirar os navios, pois que o lançamento não é abandono e não torna nullius tais coisas. Também aqui os achadores têm a obrigação de dar parte e fazer entrega à autoridade (marítima ou municipal), mas igualmente lhes cabe um prêmio, avaliado diversamente segundo as circunstâncias do achado (a terça parte, a décima parte, ou, o máximo, a vigésima parte para os valores excedentes a duas mil libras), sendo da mesma forma diferente o prazo para reclamação por parte dos proprietários (um ano ou um quinquênio)” (Cf. Roberto de Ruggiero . *Instituições de Direito Civil* . Direito de Família Direitos Reais e Posse . v. II . 3ª ed. . tradução da 6ª edição italiana, com notas remissivas aos Códigos Cíveis Brasileiro e Português por Ary dos Santos . 3ª edição inteiramente revista e adaptada aos novos Códigos Cíveis Italiano e Português por Antonio Chaves e Fábio Maria De Mattia . p. 358).

⁵⁶ Art. 29 da Lei 7.542/86 *“as coisas e os bens referidos no art. 1º desta Lei, encontradas nas condições previstas no artigo anterior, serão arrecadados e ficarão sob a custódia da Autoridade Naval, que poderá entregá-los, quando nacionais ou nacionalizados, aos seus responsáveis. § 1º As coisas e os bens que ainda não tenham sido alienados pela Autoridade Naval, poderão ser reclamados e entregues aos seus responsáveis, pagando o interessado as custas e despesas de guarda e conservação ; § 2º Não sendo as coisas e os bens reclamados por seus responsáveis, no prazo de 30 (trinta) dias da arrecadação, a Autoridade Naval poderá declará-los perdidos ; § 3º As coisas e os bens de difícil guarda e conservação poderão ser alienados em licitação ou hasta pública pela Autoridade Naval. O produto da alienação será guardado por aquela Autoridade Naval pelo prazo de 6 (seis) meses, à disposição do responsável pela coisa ou bem. Decorrido o prazo, o produto da alienação será convertido em receita da União”*.

⁵⁷ Cf. Pietro Perlingieri . *Perfis do Direito Civil : Introdução ao Direito Civil Constitucional* . tradução de Maria Cristina De Cicco . 3ª ed. . p. 30-31

dez anos de aprovação do Código Civil de 2002, que podem ser aplicados ao instituto analisado e que sinalizam muito bem se nossas relações sociais evoluíram a ponto de tornar novamente a devolução do bem alheio uma regra e não uma exceção digna das manchetes de jornais mencionadas no início deste artigo.

Bibliografia

- ALVES, José Carlos Moreira . *Direito Romano* . 14ª ed. . Rio de Janeiro : Forense, 2007.
- AUBRY ; RAU G. *Cours de Droit Civil Français* . Paris : Marchal et Billard , 1897.
- BASTOS, Aurélio Wander . *Dicionário Brasileiro de Propriedade Industrial e Assuntos Conexos* . Rio de Janeiro : Lumen Júris, 1997.
- BENTIVEGNA, Carlos Frederico Barbosa . *Comentários ao Código Civil : artigo por artigo*. Carlos Eduardo Nicoletti Camillo ; Glauber Moreno Talavera ; Jorge Shiguemitsu Fujita ; Luiz Antonio Scavone Júnior (Orgs.) . São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006.
- BITTAR, Carlos Alberto . *Curso de Direito Civil* . v. 2. . Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1994.
- COMISSÃO de Redação . “Achádego” . *Enciclopédia Saraiva do Direito* . v. 4. . Rubens Limongi França (coord.) . São Paulo : Saraiva, 1977.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da . *Código Penal Comentado* . 8ª ed. . São Paulo : DPJ, 2005
- CRETELLA JÚNIOR, José . *Curso de Direito Romano* . 18ª ed. . Rio de Janeiro : Forense, 1995.
- DUKEMINIER, Jesse ; KRIER, James E. . *Property* . 5ª ed. . Nova Iorque : Aspen, 2002.
- FARIAS, Cristiano Chaves de ; ROSENVALD, Nelson . *Direitos Reais* . 2ª ed. . Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2006.
- FRANÇA, Rubens Limongi . *Hermenêutica Jurídica* . 4ª ed. . São Paulo : Saraiva, 1995.
- _____. *Manual de Direito Civil* . v. 3 . São Paulo : Revista dos Tribunais, 1971.
- GOMES, Orlando . *Direitos Reais* . 17ª ed. . atualização e notas de Humberto Theodoro Júnior . Rio de Janeiro : Forense, 2000.
- GONZÁLES, Átila J. e OCTAVIANO, Ernomar . *Citações Jurídicas na Bíblia* . 4ª ed. . São Paulo : LEUD, 1996.
- MALUF , Carlos Alberto Dabus . *Novo Código Civil Comentado* . Ricardo Fiúza (coord.) . 2ª ed. . São Paulo : Saraiva, 2004.
- MATOS, Benjamin Garcia de . *Direitos Reais sobre Coisas Móveis : Propriedade, Usufruto, Uso e Penhor* . Rio de Janeiro : Forense, 2003.

- MIRABETE, Júlio Fabbrini . *Manual de Direito Penal* . v. 2 . 6ª ed. . São Paulo : Atlas, 1991.
- MONTEIRO, Washington de Barros . *Curso de Direito Civil : Direito das Coisas* . v. 3 . 37ª ed. . revista e atualizada por Carlos Alberto Dabus Maluf . São Paulo : Saraiva, 2003.
- MORATO, Antonio Carlos . Comentários ao Livro III (Do Direito das Coisas) - arts. 1.196 a 1.276. In: Antonio Cláudio Costa Machado ; Silmara Juny Chinellato. (Org.). *Código Civil Interpretado : Artigo por Artigo, Parágrafo por Parágrafo*. 4 ed. Barueri: Manole, 2011
- NADER, Paulo . *Curso de Direito Civil : Direito das Coisas* . v. 4 . 4ª ed. . Rio de Janeiro : Forense, 2010.
- NERY JÚNIOR, Nélon ; NERY Rosa Maria de Andrade . *Código Civil Comentado* . 4ª ed. . São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes de . *O Direito na Bíblia : Uma análise do texto bíblico sob a ótica e perspectiva do Direito* . São Paulo : Bompastor, 2005.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva . *Instituições de Direito Civil : Direitos Reais* . v. IV . 18ª ed. . revista e atualizada por Carlos Edison de Rêgo Monteiro Filho . Rio de Janeiro : Forense, 2003.
- PERLINGIERI, Pietro . *Perfis do Direito Civil : Introdução ao Direito Civil Constitucional* . tradução de Maria Cristina De Cicco . 3ª ed. . Rio de Janeiro : Renovar, 1997.
- RIBEIRO, Benedito Silvério . *Tratado de Usucapião* . v. 1. 3ª ed. . São Paulo : Saraiva, 2003.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha e FIORILLO, Celso Antonio Pacheco . *Manual de Direito Ambiental e Legislação Aplicável* . São Paulo : Max Limonad, 1997.
- REALE, Miguel . *História do Novo Código Civil* . São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005.
- RUGGIERO, Roberto de . *Instituições de Direito Civil . Direito de Família Direitos Reais e Posse* . v. II . 3ª ed. . tradução da 6ª edição italiana, com notas remissivas aos Códigos Cíveis Brasileiro e Português pelo Dr. Ary dos Santos . adaptada aos novos Códigos Cíveis Italiano e Português por Antonio Chaves e Fábio Maria De Mattia . São Paulo : Saraiva, 1972.
- SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino de . *Programa de Direito Civil* . 3ª ed. , rev., e. atual. por Gustavo Tepedino . Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- SANTOS, J. M. de Carvalho . *Código Civil Brasileiro Interpretado . Direito das Coisas (arts. 554-673)* . v. VIII . 10ª ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1963.