

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA

INSTITUIÇÕES DE DIREITO CIVIL

VOLUME IV

DIREITOS REAIS

- Posse
- Propriedade
- Direitos Reais de Fruição,
Garantia e Aquisição

22^a edição

Revista e atualizada por

Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho



309. OCUPAÇÃO

No princípio, nada era de ninguém. Todas as coisas eram sem dono, oferecidas ao primeiro que chegasse: o fragmento de sílex para a arma, o fruto da árvore para alimento, o animal de tiro. Na apropriação de cada coisa sem dono inseriu-se uma ideia que o tempo amadureceu e sistematizou. Quando o Direito Romano se volta para o assunto, é para formular um conceito muito bem definido por Gaio: *Quod nullius est, id ratione naturali occupant conceditur*.¹ E tal conceito é reputado tão exato, ao proclamar que a coisa sem dono pertence por direito natural ao ocupante, que os sistemas modernos o adotam ao definir o princípio da aquisição da propriedade móvel: quem se assenhorear de coisa sem dono para logo lhe adquire a propriedade, não sendo essa ocupação defesa por lei (Código Civil, art. 1.263). É modo de aquisição originária. A aquisição originária por excelência.²⁻³

A essência da *ocupação* (*Aneignung*) reside, pois, na apropriação de coisa sem dono pelo simples fato, acrescenta-se, de apreendê-la possuindo-a como própria.⁴ E o direito a define. Com efeito, diz-se que não tem dono aquela que nunca foi objeto de assenhoreamento (*res nullius*), categoria preenchida pelas espécies que a natureza inesgotavelmente produz (Hedemann), como aquela que já o teve e não mais o tem (*res derelicta*). A primeira classe (*res nullius*) é preenchida (conforme dispunha, exemplificativamente, o art. 593 do Código Civil de 1916), em primeiro lugar pelos animais bravios enquanto entregues à sua natural liberdade, que se não confundem com os animais selvagens capturados. Estes não são *res nullius*, pois que pertencem a alguém. No segundo estão os animais mansos ou domesticados, não assinalados ou marcados, se perderem o hábito de retornar ao lugar onde costumam recolher-se, salvo se os donos estiverem ainda à sua procura; reputam-se também sem dono os enxames de abelhas, anteriormente apropriados se o dono da respectiva colmeia os não reclamar imediatamente (decadência instantânea de direito). Finalmente, são ainda *res nullius* as pedras, conchas e outras substâncias minerais,

1 *Digesto*, Liv. 41, Tít. I, fr. 3, pr.

2 Mazeaud e Mazeaud, *Leçons*, vol. II, nº 1.579; Planiol, Ripert e Boulanger, *Traité Élémentaire*, vol. I, nº 2.827.

3 Mazeaud e Mazeaud, *Leçons*, vol. II, nº 1.579; Planiol, Ripert e Boulanger, *Traité Élémentaire*, vol. I, nº 2.827.

4 Lafayette, *Direito das Coisas*, § 33.

vegetais ou animais, arrojadas às praias pelo mar; mas não são todas, pois excluem-se da categoria de coisa sem dono se apresentarem sinal de domínio anterior. Na apreensão das coisas efetivamente sem dono (*res nullius*) reside a *ocupação propriamente dita*.

Considera-se ainda sem dono a coisa abandonada (*res derelicta*); mas para que assim se configure, torna-se mister a ocorrência de um fator psíquico, contido na intenção de renunciá-las. Assim, se é *derelicta* a coisa que o dono atira fora com o propósito de abandonar, não o é aquela que é deixada em determinado local para um fim determinado, ou mesmo a que foi alijada com propósito diverso, como se dá com a carga lançada de embarcação ou aeronave, para aliviar o peso em momento de perigo. Não se requer, na caracterização do abandono, uma declaração expressa do dono. Basta que o propósito se infira inequívoco do seu comportamento em relação à coisa, como as que são deixadas em locais públicos, em terrenos baldios, e mesmo em lugares policiados ou fechados. É o abandono tácito que alguns denominam “abandono presumido”.⁵

Indaga-se da liceidade da cláusula adjecta a talões de empresas de serviço (lavanderia, sapataria, transportadora), consignando que se consideram abandonados os objetos não procurados num prazo determinado. Não se configura aí um contrato de adesão, que requer a possibilidade de conhecer a cláusula e sua adesão a ela (v. nº 197, *supra*, vol. III). Nem é razoável presumir que alguém, deixando um objeto para sofrer reparações, manifeste com isso, a intenção não revelada de a ele renunciar. É aceitável o mandato para vender, e o locador do serviço pagar-se do custo deste. O que não é lícito é forçar no proprietário uma intenção de abandonar e converter a coisa, que o interessado tem a intenção de conservar, numa *res derelicta* pelo fato de haver excedido um prazo determinado no cupão de sua identificação, ou em tabuleta na loja, como limite de validade de seu direito de dono.

Tendo em vista que não são frequentes as coisas sem dono, a *ocupação* como modalidade aquisitiva ficou hoje muito reduzida. As poucas hipóteses remanescentes – caça, pesca e tesouro – constituirão outros tantos subitens deste parágrafo, estando as primeiras regidas por legislação especial e o tesouro pelo Código Civil.

A) *Caça*. As tradições conservam até hoje os hábitos venatórios de nossos maiores, numa reminiscência dos processos alimentares característicos da infância da humanidade. Todos os sistemas jurídicos se lhe

5 Orlando Gomes, *Direitos Reais*, nº 140.

referem, e o nosso lhe dedica, na atualidade, regulamentação específica (Código de Caça, Decreto nº 5.894, de 20 de outubro de 1943, substituído pela Lei nº 5.197, de 30 de janeiro de 1967).

Obviamente, não caberá nesta obra à caça senão naquilo que representa modalidade aquisitiva da propriedade, escapando dos limites destas Instituições as normas regulamentares alusivas às épocas em que a caça é interdita, a expedição de licença pelas autoridades administrativas, sistema de punição para os infratores, e tudo mais que exorbite do aspecto meramente civilista. Tal, porém, a predominância das disposições administrativas que já se pretende conceituar a caça como *direito subjetivo público*.⁶

Observadas as normas regulamentares e especiais, a caça poderá ser exercida nas terras públicas, bem como nas particulares com licença do proprietário. Ninguém pode adentrar em terra alheia e ali exercitar a caça sem autorização do dono, mas se o caçador for no encalço de um animal e o ferir, tem direito a ele, podendo compelir o dono do terreno aonde vá abrigar-se a que entregue ou expila, se lhe não permitir a entrada. Ao caçador pertence, por igual, o animal perseguido e ferido, ainda que outra pessoa o apreenda. A aquisição da caça por quem a abater ou ferir compreende assim os animais que comumente se caçam, como quaisquer outros encontrados em estado de natureza.⁷

Mas, se alguém caçar em terreno alheio, sem licença do dono, perderá para este a caça, e ainda lhe responderá por perdas e danos.

B) Pesca. O exercício da pesca é igualmente subordinado a disposições contidas em leis especiais e regulamentos. Mais do que isso, convenções e tratados internacionais regulam a pesca de alto-mar, bem como a realizada nas plataformas submarinas, em águas territoriais como extraterritoriais.

Entre nós, a matéria encontra-se regulada pela Lei nº 11.959, de 29 de junho de 2009, que prescreve disposições sobre a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável da Aquicultura e da Pesca, e, residualmente, pelo Decreto-Lei nº 221, de 28 de fevereiro de 1967, revogado em enorme parcela pela citada Lei de 2009.

Com o incremento do consumo e a explosão de novas tecnologias, o processo pesqueiro se tornou complexo, exigindo o legislador uma série de requisitos para que a atividade pesqueira seja desenvolvida. A Lei de 2009

⁶ Espínola, *Posse, Propriedade etc.*, pág. 186; Messineo, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, pág. 90.

⁷ De Page, *Traité*, vol. VI, nº 14.

orienta-se pelo objetivo de promover os seguintes princípios, expressamente delineados em seu artigo 1.º: I – o desenvolvimento sustentável da pesca e da aquicultura como fonte de alimentação, emprego, renda e lazer, garantindo-se o uso sustentável dos recursos pesqueiros, bem como a otimização dos benefícios econômicos decorrentes, em harmonia com a preservação e a conservação do meio ambiente e da biodiversidade; II – o ordenamento, o fomento e a fiscalização da atividade pesqueira; III – a preservação, a conservação e a recuperação dos recursos pesqueiros e dos ecossistemas aquáticos; IV – o desenvolvimento socioeconômico, cultural e profissional dos que exercem a atividade pesqueira, bem como de suas comunidades.

O legislador, ao normatizar a atividade da aquicultura (arts. 2º, II, e 18 da Lei nº 11.959), quis introduzir no direito brasileiro uma regulamentação da atividade de “fazenda pesqueira”, cuja importância afigura-se crescente no país.

É uma indústria que se transforma e há necessidade de regulamentá-la para o seu bom desenvolvimento, a evitar a depredação ou extinção de espécies. Como estímulo à atividade, a Lei de 2009 prevê a concessão do direito de uso de águas e terrenos públicos para o exercício da aquicultura e a equiparação aos produtores rurais e beneficiários da política agrícola de que trata o art. 187 da Constituição Federal em favor “das pessoas físicas e jurídicas que desenvolvam atividade pesqueira de captura e criação de pescado nos termos desta Lei” (arts. 21 e 27, respectivamente).

Com observância das normas disciplinares é lícito pescar em águas públicas, como nas particulares com licença do dono, operando a aquisição da propriedade do peixe que pescar, como do que o pescador perseguir arpoado ou farpado. Esse direito deverá ser exercido com observância de o pescador, pessoa natural ou jurídica, e a embarcação de pesca serem previamente inscritos no Registro Geral da Atividade Pesqueira – RGP, bem como no Cadastro Técnico Federal – CTF, na forma da legislação específica (art. 24 da Lei nº 11.959).

O pescador em águas públicas tem direito ao que pescar, ressalvadas as disposições peculiares. Em alto-mar, a pesca é permitida em todo o mundo.

Mas o que exercer a atividade piscatória (em caráter profissional ou desportivo) em águas particulares, sem a necessária licença do dono, perde para este o que apanha, e ainda responde por perdas e danos. A regulamentação da pesca profissional é matéria de direito público.

8 Enneccerus, Kipp e Wolff, *Derecho de Cosas*, vol. I, § 81.

Se o curso d'água atravessa terrenos pertencentes a diversos donos, cada um dos proprietários ribeirinhos tem direito a exercitar a pesca do seu lado, e na extensão de suas terras marginais, limitada a sua ação até o meio do rio. Mas, se forem públicas as águas, vigora o princípio da liberdade de pesca, resguardando tão somente o direito do proprietário ribeirinho à porção da margem que lhe pertence.

C) *Tesouro*. Em doutrina, define-se tesouro como o depósito antigo de moedas ou coisas preciosas, enterrado ou oculto, de cujo dono não haja memória: *vetus quaedam depositio pecuniae, cuius non extat memoria, ut iam dominium non habeat*.⁹

São extremos de sua caracterização: a) ser um depósito de coisas móveis preciosas ou moedas, promovido por mão humana. Não seria tesouro o acúmulo provindo de acidente ou fenômeno natural, como e. g. achar-se num rio um depósito aluvional de pedras preciosas roladas pela erosão, como não o é também uma construção ou obra de arte incorporada ao imóvel, ainda que antiga; b) estar o depósito enterrado ou oculto, como, por exemplo, se na demolição de um prédio antigo se depara em uma parede ou alicerce, ou durante uma escavação ocorre a descoberta do que era soterrado; c) a ancianidade, isto é, ser antigo e tão antigo que se haja perdido a memória de quem seja o proprietário. Não basta seja este apenas desconhecido. É mister se trate de coisa que já não tem dono: *res sine domino*.¹⁰

O Código Civil de 1916 inscrevia as disposições relativas ao tesouro na seção que disciplinava a ocupação, o que não contava com a adesão da doutrina, que ponderava, com acerto, que, em relação ao proprietário do prédio onde é achado, não há falar em ocupação se é ele quem o encontra, porém mais corretamente em acessão, pois que o seu direito se justifica pelo fato da aderência do depósito ao imóvel: adquire-se a propriedade neste caso em virtude de situar-se em prédio de seu domínio, e não em decorrência do ato de apreensão. Em relação ao inventor, não se dá propriamente ocupação, que pressupõe assenhoreamento de coisa sem dono ou *derelicta*, porém visível. Daí parecer a muitos que o direito do achador se explica melhor como recompensa por ter restituído à sociedade um valor que lhe fora subtraído.¹¹ Com melhor técnica, o Código Civil de 2002 separou as hipóteses, na Seção II (Da

9 *Digesto*, Liv. 41, Tít. I, fr. 31, § 1º; Lafayette, *Direito das Coisas*, § 35.

10 Ruggiero e Maroi, *Istituzioni*, vol. I, § 112; De Page, *Traité*, VI, n° 21, como Aubry e Rau, *Cours*, II, § 201, dispensam o requisito da vetustez, parecendo-lhes bastante ser desconhecido o proprietário.

11 Dernburg, *Pandette*, vol. I, § 206; Clóvis Beviláqua, *Direito das Coisas*, vol. I, § 47; Ruggiero e Maroi, *Istituzioni*, § 112.

ocupação) e na Seção III (Do achado do tesouro), ambas compreendidas no Capítulo III (Da Aquisição da Propriedade Móvel).

Encontrado o tesouro em prédio alheio dividir-se-á por igual entre o dono do prédio e o inventor. Mas o achado há de ser casual (*non data ad hoc opera sed fortuitu*), pois que ao inventor nada caberá, se o pesquisava com intenção mas sem licença do dono do prédio. Em tal caso, a este deve caber por inteiro, como ainda por inteiro lhe pertence se foi o próprio dono o achador, ou preposto seu.¹²

Uma vez que é característico do tesouro o desconhecimento do dono, deixa de sê-lo em demonstrando alguém que lhe pertence o depósito, qualificado então como um guardado, sobre o qual exerce o proprietário todos os direitos, como no caso de alguém que oculte, em fundo falso de móvel seu, moedas ou objetos preciosos, e o marceneiro ao repará-lo os encontra.

309-A. DESCOBERTA

Já vimos acima que o assenhoreamento de coisa móvel ainda não apropriada (*res nullius*), como de coisa abandonada (*res derelicta*), gera a aquisição do domínio, não sendo defesa em lei especial. Vimos também que na caracterização de coisa abandonada (*res derelicta*) há de estar presente o fator anímico ou psíquico, que consiste no propósito ou intenção de *renunciar*.

Tratamos agora do *achado* ou *invenção* de coisa móvel perdida pelo dono. Perdida, mas não abandonada. E distinguimos a "invenção" ou "achado" da "ocupação", em que esta pressupõe apreensão material efetiva, ao contrário do achado que se contenta com a evidência ou o descobrimento; demais disso, a ocupação tem por objeto coisa sem dono (*res nullius* ou *res derelicta*), ao passo que no achado a coisa é *perdida*, vale dizer, tem um dono, posto desconhecido.¹³

Os sistemas jurídicos tratam diversamente o tema. Ora admitem que o achado de coisa perdida gera a aquisição da propriedade, ora lhe recusam este efeito. No primeiro caso está o Código Civil Português de 1867.

12 Não se pode admitir "representação" nesta matéria, uma vez que a *invenção* do tesouro é "ato real" do próprio inventor; mas pertenceria a quem ordena uma busca de antiguidades no imóvel se o achado se der por empregado seu: Enneccerus, Kapp e Wolff, cit., § 83.

13 De Page, *Traité*, vol. VI, n.º 19.

que sob certas condições assim dispunha, seguido do atual (Código Civil de 1967), que no art. 1.323 estatui que o achador faz sua a coisa perdida se não for reclamada no prazo de um ano da publicação de anúncio do achado; igualmente procede o Código Civil Alemão (BGB, art. 973) convertendo o achado em domínio, após o decurso de um ano de sua comunicação à polícia, sem que o dono seja encontrado ou apresente reclamação.¹⁴

No segundo inscreve-se o direito brasileiro, que se mantém fiel ao Romano, e *não situa o achado na linha da ocupação*. Demais disso, impõe certas medidas ao achador ou inventor, assegurando todavia a este, pelo fato do achado, um prêmio sempre. Mas não conceitua o *achado* de coisa perdida como negócio jurídico. Nem sujeita qualquer pessoa a recolher o que encontra. Os deveres que a ordem jurídica impõe ao achador ou inventor atingem tão somente aquele que, por ato espontâneo, *recolhe a coisa encontrada*.¹⁵

Para o nosso direito, o princípio cardeal na matéria é oposto à aquisição da propriedade. Tanto assim que o Código de 2002, corrigindo o anterior, retirou a disciplina da *invenção* de subtítulo constante da seção da ocupação, passando a regular a *descoberta*, que é como ora denomina o instituto, em seção própria, inserida no capítulo da propriedade em geral. Destarte, quem quer que ache coisa alheia perdida há de restituí-la ao dono ou legítimo possuidor (art. 1.233 do Código Civil de 2002). Nem pelo fato de ser desconhecido este se ameniza o preceito, cumprindo então ao inventor tudo fazer para descobri-lo, mediante comunicação às pessoas conhecidas ou aos prováveis interessados, consulta aos anúncios em jornais, afixação de avisos pela imprensa etc., até que apareça quem a ela tenha direito. Se comparecerem várias pessoas com pretensão à coisa, a entrega se fará ao que prove *melhor* direito, e, na dúvida, ao que a perdeu.¹⁶

Não logrando êxito, cumpre ao descobridor entregar o achado à autoridade competente do lugar.

Restituído o objeto a quem demonstre direito a ele, cabe ao achador uma recompensa, gratificação ou achádego, calculado de acordo com os critérios estipulados pelo parágrafo único do art. 1.234 e não inferior a cinco por cento do valor da coisa, além do reembolso das despesas feitas com sua conservação e transporte, abrindo-se ao dono a alternativa de pagar ou

14 Enneccerus, Kipp e Wolff, ob. cit., § 82.

15 Hedemann, *Derechos Reales*, pág. 230.

16 Enneccerus, Kipp e Wolff, loc. cit.

abandoná-la. Mas se o achador houver procedido com dolo e causar dano ao proprietário ou possuidor legítimo, responderá por perdas e danos.

Decorridos sessenta dias da divulgação da notícia pela imprensa, ou do edital, sem se apresentar quem demonstre direito à coisa, será esta vendida em hasta pública: do produto da venda deduzir-se-ão as despesas e a recompensa ao inventor, pertencendo o remanescente ao Município em cuja circunscrição se deparou o objeto perdido.¹⁷ No entanto, por razões de economia, a lei assegura ao Município a faculdade de abandonar a coisa de valor diminuto em proveito do descobridor.

310. ESPECIFICAÇÃO

A manipulação de matéria-prima dá lugar a modalidade aquisitiva de propriedade mobiliária, com o nome de *especificação*, e assim definida em decorrência do princípio respectivo (Cód. Civil, art. 1.269): considera-se *especificação* a transformação definitiva da matéria-prima em espécie nova, mediante o trabalho ou indústria do especificador. Para que opere a aquisição da propriedade é mister a transformação se dê pela ação humana, e que não seja possível retornar à espécie anterior. Não constitui especificação a transformação meramente acidental ou que respeite a forma antiga.¹⁸ Por outro lado, a especificação exige um *ato real* do homem, não um ato jurídico ou declaração de vontade.¹⁹

No desenvolvimento do assunto, nosso direito adota orientação que já perfilhava o BGB, diferindo da solução adotada em outros Códigos como o francês e os que seguiram a doutrina deste, que estabelecem prioritariamente o condomínio do especificador e do dono da matéria-prima, sobre a espécie nova.

A importância social desta modalidade aquisitiva é muito grande, tendo-se em vista a capacidade criadora do homem, as atividades artísticas, a elaboração artesanal, o desenvolvimento da indústria etc. São exemplos, todos, lembrados pelos civilistas: a pintura em relação à tela; a escultura em relação à pedra, madeira ou metal; o trabalho gráfico em relação ao papel ou asse-

17 Sobre “a achada” ou achado de coisa perdida, cf.: Espínola, *Posse, Propriedade etc.*, pág. 301; Hedemann, *Derechos Reales*, pág. 230; Enneccerus, Kipp e Wolff, *Derecho de Cosas*, vol. I, §§ 82 e segs.

18 Lafayette, *Direito das Coisas*, § 37.

19 Enneccerus, Kipp e Wolff, ob. cit., §§ 71 e segs.

melhados; o bordado, ao tecido ou à linha, além da manipulação industrial em relação a toda espécie de matérias-primas. Em qualquer caso, todavia, a “novidade” é encarada em sentido econômico e não filosófico, vale dizer que a nova *species* há de resultar de alteração dotada de importância.²⁰

O princípio cardeal, no assunto, institui a predominância do labor sobre o material: o especificador adquire a propriedade da espécie nova produzida, se a matéria-prima lhe pertencer, ainda que somente em parte; se na sua totalidade pertence a outrem, e não for possível reduzir-se à forma precedente, adquire-lhe ainda a propriedade, estando de boa-fé. Se de má-fé o especificador, a espécie nova será do proprietário da matéria-prima. Mas, em qualquer hipótese, se o preço da mão-de-obra exceder consideravelmente o valor da matéria-prima, a espécie nova será do especificador. Cumpre, todavia, assinalar, como faz Hedemann, que se o proprietário cria uma coisa nova de outras que já lhe pertencem, não modifica uma relação jurídica: continua dono da obra criada como já o era dos elementos que a compõem. O interesse da matéria e a aquisição da propriedade aparecem quando se utilizam coisas de distintos donos.²¹ Por este motivo, o Código de 2002, ao fixar o princípio da especificação, dispõe no art. 1.269 que “aquele que, trabalhando em matéria-prima *em parte alheia*, obtiver espécie nova, desta será proprietário, se não se puder restituir à forma anterior”.

Conciliando, todavia, a aquisição da propriedade com o princípio fundamental do respeito ao direito alheio, o prejudicado com a especificação irreduzível terá direito ao ressarcimento, salvo se se tratar de especificador de má-fé. Neste caso, o dono da matéria-prima nada tem de indenizar, pois, se a isso fosse obrigado, estaria o direito estimulando a apropriação de coisa alheia pelo especificador malicioso, que nada perderia, colocado entre tornar-se dono da espécie nova ou receber remuneração por um trabalho não encomendado.

311. CONFUSÃO, COMISSÃO, ADJUNÇÃO

Aqui se prevê a hipótese de coisas de diversos donos mesclarem-se. Mais tecnicamente, diz-se haver *confusão* quando se acharem em estado líquido; *mistura* ou *comissão* se forem coisas secas. Num e noutro caso, ordinariamente resulta um *condomínio*, regulados os direitos pelo disposto no título ou na convenção, quando for ela voluntariamente obtida. A *adjunção* consiste na justaposição de uma a outra coisa, impossibilitando destacar-se

²⁰ Enneccerus, Kipp e Wolff, loc. cit.

²¹ Hedemann, *Derechos Reales*, pág. 200.

a acessória da principal, e, conseguintemente, resultando que o dono da primeira adquire a segunda, com observância das regras da acessão.

Se a mesclagem, porém, se operou maliciosamente, caberá à parte de boa-fé escolher entre guardar o todo, pagando a porção que não é sua, ou renunciar à que lhe pertencer, recebendo indenização ampla, abrangente do valor do que é seu e mais o prejuízo resultante de se privar dele.

Aplica-se o mesmo princípio, ainda que da união de matérias de natureza diversa resulte espécie nova (art. 1.274 do Código Civil de 2002).

312. USUCAPIÃO

A ideia dominante em matéria de usucapião de coisa móvel é a mesma que inspira esta modalidade aquisitiva no campo imobiliário. E os conceitos são os mesmos, o que nos dispensa de seu desenvolvimento, reportando-nos, pois, ao que expendemos acima (n. 305, *supra*, e seguintes).

No tocante ao prazo, dispõe o Código Civil que se opera a aquisição em três anos com justo título e boa-fé (art. 1.260) e em cinco anos, independentemente de um e outra (art. 1.261). Já se dispunha desta forma no Direito anterior, nos arts. 612 e 613 do Código Civil de 1916, na redação que proveio da Lei nº 2.437, de 7 de março de 1965.

No direito francês vigora a regra “en fait de meubles possession vaut titre”, geradora da *praesumptio dominii* em benefício do possuidor, e que é encarecida como princípio de segurança quase total.²² Sem enunciar preceito idêntico o direito brasileiro não pode deixar de admitir que se assegure ao possuidor ter a coisa como sua, salvo o direito de terceiro que dê as provas de ser o proprietário. A presunção não impede, todavia, a reivindicação dos móveis perdidos, furtados ou roubados.

313. TRADIÇÃO

O Direito Romano exigia a materialidade de um fato concreto para que se verificasse a transferência da propriedade, enunciando regra segundo a qual *traditionibus et usucapionibus dominia rerum non nudis pactis transferuntur*. Conforme vimos acima (nº 303, *supra*), ao espírito severo e formal dos romanos a convenção não era suficiente à transferência do domínio. Requeria-se a par da usucapião a *traditio* – tradição – cujo desenvolvimento acompanhamos também.

22 Mazeaud e Mazeaud, *Leçons*, vol. II, nº 1.518.

Nosso direito, em divergência do francês, que aceita a transferência dominial por força do contrato apenas, e na linha tradicional romana a que aderem o alemão, o suíço, o argentino, o uruguaio, o chileno, adota critério segundo o qual a convenção não é suficiente à aquisição da propriedade, mas tão somente habilita ou intitula o interessado. Na observância das linhas básicas do sistema, exige para os imóveis a inscrição (v. n° 303, *supra*). E, para os móveis estabelece que o domínio não se transfere pelos contratos antes da tradição (Código Civil, art. 1.267).

Que é tradição? Em que consiste?

Na reconstituição jurídica do fenômeno a tradição vai prender-se originariamente à *entrega efetiva* da coisa, à sua passagem de mão a mão. Sem nos determos nas espécies romanas da *traditio longa manu e traditio brevi manu* (já estudadas acima, n° 292, *supra*), que perderam interesse na atualidade, fixamos para a tradição o conceito, no tocante à transferência dos bens móveis, de *um ato de entrega da coisa ao adquirente, transformando a declaração translaticia de vontade em direito real*.

Na integração jurídica da tradição, há que partir de um primeiro pressuposto: uma vez que opera a transferência de domínio da coisa, necessita da capacidade do *tradens* e a sua titularidade em relação a ela. Se for pessoa incapaz, a *traditio* é inoperante, não produzindo o efeito desejado. Se o *tradens* não for o proprietário da coisa, a tradição não produz a consequência jurídica da transferência do domínio. Vindo, contudo, a adquirir-lhe mais tarde a propriedade e estando o adquirente de boa-fé, considera-se revalidada a transferência e operado o efeito da tradição, desde o momento do seu ato (Código Civil, art. 1.268, § 1°). Em segundo lugar, a tradição, como modo aquisitivo de domínio, exige um *acordo de vontades* neste sentido: não basta que o *tradens* entregue a coisa ao *accipiens*, mas é mister que o faça a título de transferência, pois que não a transmite a tradição a título de locação, de depósito, de penhor etc. E, finalmente, a tradição há de envolver a imissão do *accipiens* na posse da *res tradita*, não sendo, contudo, vedado o *constituto possessório*, como em seguida se verá.

Dentro da sistemática por nós adotada, desde o Direito anterior, tradição é o fator genético da transmissão. Consequentemente, não se recebe a propriedade do bem alienado, em não havendo a tradição, ou não produzindo esta os seus efeitos.

Como vimos, a tradição originariamente se configura na entrega da coisa, *materialmente efetivada*. Mas, como a vida social e mercantil não tolera subordinar-se diuturnamente às exigências do formalismo jurídico, a tradição procura afeiçoar-se a imposições práticas. Partindo, então, da *tradição real*, o

direito moderno desenvolve a noção de tradição simbólica e cultiva o constituto possessório, que nos vem do Direito Romano.

Diz-se *tradição real* a que consiste na efetiva entrega ou *entrega material* da coisa ao adquirente que a recebe e apreende. Neste sentido, dizia-se: *tradição est de manu in manum rei translatio*.

Simbólica se diz a tradição que se não realiza pela entrega e apreensão material da coisa, porém mediante a de algo que a represente, como se o alienante dá ao adquirente a chave do carro, como sinal de que a este o transfere.

Do *constituto possessório* já falamos (v. n.º 292, *supra*). Transpondo-lhe a noção para o plano da aquisição de coisa móvel, revela que a mudança do título da posse (o possuidor *ut dominus* passa, por via da convenção, a possuir em nome do adquirente) implica uma *tradição ficta*, pois que, sem o fato material da entrega direta, o adquirente apreende, através da pessoa mesma do *tradens*, a coisa alienada.

De tais aproximações resulta que, para uns, com Puchta à frente, a tradição encarada genericamente assemelha-se à posse.²³ Mas essencialmente dela se distingue em que a posse é um direito em si mesmo (v. n.º 286, *supra*), ao passo que a *tradição* é apenas um modo de adquirir. Por ela adquire-se a propriedade, como através dela ainda outros direitos.

Não há mister que o adquirente em pessoa efetive a apreensão da coisa, ou receba o objeto que a simboliza: poderá proceder por preposto.

Também no seu mecanismo, nada obsta a que o alienante, em vez de realizar a tradição pessoalmente, o faça pela intermediação de um representante, uma vez que esteja munido de poderes bastantes, pois se estes lhe faltarem, a *tradição* será inoperante.

Vale igualmente como tradição, e produz os mesmos efeitos desta, a cessão do direito à restituição da coisa alienada que se encontre na posse direta de terceiro.²⁴

A necessidade de segurança nos negócios estatui, entretanto, formalidades especiais para a aquisição de certos bens móveis, não se contentando nesses casos com a *tradição* simples, que se requer, então acompanhada de tais medidas.

23 Lacerda de Almeida, *Direito das Coisas*, vol. I, § 23.

24 Cf., sobre o conceito e os requisitos da tradição: Lafayette, *Direito das Coisas*, §§ 43 e segs.; Clóvis Beviláqua, *Direito das Coisas*, vol. I, § 50; Orlando Gomes, *Direitos Reais*, n.º 143; Lacerda de Almeida, *Direito das Coisas*, vol. I, §§ 23 e segs.