

DIREITO ROMANO

Estudo sobre a «*fructuum perceptio*»

—*An bonæ fidei possessor fructus omnes, a re frugifera quoquo modo separatos, suos statim facit?*

Summario :

- I—Importancia e difficuldade do assumpto.
- II—Noção e classificação dos fructos.
- III—Varias faces da questão proposta.
- IV—Requisitos na posse para operar a aquisição dos fructos.
- V—Quando começa a propriedade do possuidor sobre os fructos.
- VI—Quaes os fructos que o possuidor faz seus.
- VII—Quaes os que o dono pode reivindicar.
- VIII—Doutrina de VINNIO, compartilhada por diversos romanistas modernos.
- IX—Dissertação de FERRY, inserta na *Themis*.
- X—Controversias entre SAVIGNY, MAYNZ e IHERING.
- XI—Estudo de ANDREANI no *Archivo Giuridico*.
- XII—Recapitulação e conclusões.

I

O objecto do presente estudo é de subida importancia no direito romano, tanto pelas difficuldades que suscita, como pelas divergencias que provoca entre os mais notaveis romanistas.

Interessa-nos tanto mais o seu estudo quanto é certo, apesar das restricções de alguns dos nossos ci-

vilistas, que o direito patrio, deficiente na especie, adopta como subsidiarios em toda a sua integridade os principios da legislação romana.

A these da nossa epigrapha condensa em cada uma das suas palavras graves questões juridicas que tem sido materia de ardentes controversias na jurisprudencia antiga e na moderna.

A confrontação de varias disposições do Digesto, das Institutas e do Codigo e, mais ainda, o antagonismo apparente entre alguns fragmentos do mesmo corpo de legislação—tem levado bom numero de jurisconsultos, no desespero de descobrirem um systema logico e homogeneo na jurisprudencia classica, ora a allegarem o viciamento e a adulteração dos textos, ora a accusarem os autores da compilação justiniana de haverem sem criterio inserido na mesma collecção preceitos contradictorios. Elles explicam essa anomalia pretendendo que foram adoptados na codificação das leis romanas principios heterogeneos, vigentes em periodos diversos, em que o direito civil, modificado pelos tempos, revestia-se de outras roupagens e se deixava dominar por idéas differentes, antagonicas n'alguns pontos com a que subseqüentemente predominaram.

No confuso labyrintho das opiniões divergentes, arduo nos foi encontrar um fio director. Acreditamos, não obstante, ter afinal conseguido organisar um systema apto a conciliar alguns textos que tem sido, como havemos de ver, o escolho de eximios romanistas.

Depois de firmadas a noção e classificação dos *fructos* e collocado nos devidos termos o ponto juridico que nos propomos a estudar, discutiremos uma a uma as seguintes questões implicitamente comprehendidas na these que formulámos:

—Qual a *especie de possuidor* que faz seus os fructos percebidos ou separados?

—Quando começa a propriedade do possuidor de boa fé sobre os fructos da cousa possuida?

—Quaes os fructos que o possuidor de boa fé faz seus, *somente os industriaes, ou tambem os naturaes?*

—Quaes os fructos que o dono da cousa frugifera pode reivindicar?

Como se concilia a *propriedade* do possuidor de boa fé sobre os fructos com a sua *obrigação de restituir* os existentes?

Faremos, finalmente, o exame critico das opiniões de varios romanistas sobre a *fructuum perceptio*, e concluiremos confirmando as nossas conclusões.

II

Ao termo —*fructus* diferentes accepções ligava o direito romano.

Assim, no sentido mais amplo, comprehendiam-se, sob tal denominação—todos os productos de natureza material que viessem operar augmento de riqueza; essa expressão abrangia todas as vantagens, além da do uso.

Fazem-n'a uns derivar de—*fruo* (1); outros, de —*fero* (2), incluindo nesta accepção todas as rendas, annuidades, proveitos que nascem de uma cousa, ou são percebidos por força della (3).

(1) DE FRESQUET, *Traité de Droit Romain*, tom. II, app. 1.^o, pag. 259.

(2) VINNIUS, *Comment. ad Instit.*, Liv. II, Tit. I, § 35; e *Quest. Select.* XXV, adopta sobre a etymologia de *fructus* a opinião de VARRÃO, Liv. IV *De Ling. lat.*, segundo a qual,—*fructus* deriva a *ferendo*, e explica: «*ut sit id ome quod res FERT.*»

(3) Essa é a intelligencia que dão ao vocabulo *fructus* os textos da L. 29, Dig. Liv. V, Tit. III; L. 36, Dig. Liv. XXII, Tit. I; Liv. IV, Dig. Liv. VII, Tit. VII e outros fragmentos.

Em sentido menos lato, considerava-se *fructo* tudo o que provinha *ex ipso corpore* de um objecto material (4), todos os productos organicos providos naturalmente de uma cousa. Não obstante, (era essa uma anomalia do direito romano) ficava excluido da cathegoria dos *fructos* o filho da escrava, *partus ancilla*. A improcedencia das razões que apresentam as leis romanas, no intuito de explicar essa disposição (5), bem denota que, na falta de fundamentos juridicos, deixaram-se levar os jurisconsultos romanos tão sómente por considerações de humanidade e de philantropia (6).

Destas differentes noções nasceu uma classificação deduzida da propria natureza dos *fructos*: em *fructos naturales* e *civis*.

Os primeiros são productos corporeos da natureza,—*id quod nascitur et renascitur*. Os *fructos civis*, porém, são aquelles, além da produção natural, que provindo extrinsecamente de uma cousa, nos podem trazer vantagens, sejam como rendas, juros, pensões, etc. (7).

Os *fructos naturales*, *in genere*, subdividem-se quanto á origem em *naturales*, *in specie* e *industriales*. São da primeira cathegoria os que nascem exclusiva e espontaneamente da natureza; e da segunda, os que provêm da natureza com auxilio do trabalho humano, aquelles para cuja existencia torna-se essencial o curso da industria do homem com as forças da na-

(4) Argumento da L. 121, Dig., Liv. L, Tit. XVI. A L. 36 *in totum*, Dig. Liv. II, Tit. I apresenta uma série de regras relativas aos *fructos*, que sempre são tomados no sentido restricto.

(5) L. 28, § 1.º, Dig. Liv. XXII, Tit. I, GAIO; § 37, Inst., Liv. II, Tit. I; L. 27, Dig. Liv. V, Tit. III; L. 68, Dig. Liv. VII, Tit. I, ULPIANO; L. 4, Dig. Liv. VII, Tit. VII, GAIO; L. 48, § 6.º, Dig. Liv. XLVII, Tit. II; e Const. 19 do Imperador Leão.

(6) V. Leis citadas; VAN-WETTER, *Cours de Droit Romain*, § 81.

(7) VAN-WETTER, obr. cit., tom. I, § 144 I, A.

tureza, e que nascem da mutua collaboraço das duas forças.

Entende VAN-WETTER que essa distincção é destituida de importancia pratica (8) O contrario, porém, se deduz de alguns fragmentos do Digesto, que havemos de analysar (9).

Sob o ponto de vista do seu estado, subdividem-se os *fructos* em

- a) pendentes e separados;
- b) existentes e consumidos; e
- c) percipiendos e percebidos ou perceptos.

Costumam ser pelos romanistas apresentadas outras classificações que deixamos de lado, por não offerecerem o minimo alcance effectivo e real, a menor influencia na theoria do *fructuum perceptio*.

III

Pelos principios geraes da *accessão*, a propriedade dos *fructos* pertence ao dono da coisa principal.

O principio que attribue ao dono da coisa frutifera a propriedade dos *fructos*—pela simples separação, posto que seja uma consequencia logica da noção a mais elemental da propriedade: foi todavia consignado em disposições positivas do direito romano. Este systema colloca mesmo sob o dominio da *accessão* os elementos extranhos que se ligam ou se identificam com alguma coisa da nossa propriedade (10).

Os *fructos*, enquanto ainda *pendentes*, constituem parte do patrimonio do dono da coisa principal, como

(8) VAN-WETTER, obr. cit., tom. I, § 81, C.

(9) Entre outros patentêa a importancia dessa distincção a L. 45, Dig. Liv. XXII, Tit. I, de POMONIO.

(10) PELLAT, *Précis de Droit privé des Romains*, part. II, § 96.

parcelas desta; e por isso, é natural que o proprietário os deva adquirir pela simples *separação*: pois que não faz senão continuar em relação a elles uma propriedade anterior, tornada, unicamente, distincta e separada (11).

Entretanto, este preceito juridico soffre notaveis modificações.

Póde, com effeito acontecer excepcionalmente que o dono da cousa frugifera deixe de ser dono dos fructos; de modo que uma terceira pessoa adquiere os productos de cousa alheia. E não obsta o principio consagrado na L. 11 Dig. *De Reg. Jur.* (12), visto como a theoria do direito romano sobre a percepção dos fructos é toda especial e fundada em textos positivos.

Quando a propriedade e a posse se acham desmembradas, e em casos analogos, occorre essa particularidade. O mais simples e elementar dos casos deste genero é aquelle em que são percebidos os fructos com o consentimento do dono da cousa frugifera: por exemplo no usufructo, no arrendamento, na emphyteuse etc. (13).

Cumpre, pois, que se distinga, para a conveniente solução das hypotheses,—se a cousa frugifera se acha em poder do dono ou de terceiro.

No primeiro caso, nenhuma difficuldade póde occorrer. Applica-se na sua integridade o principio «*quod ex re mea natum est meum est.*»

Estando, porém, desligadas a propriedade e a posse,—faz-se necessario o exame da natureza desta.

(11) § 19, Instit., Liv. II, Tit. I.

(12) L. 11, Dig. Liv. L, Tit. XVII: «*Id quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non potest.*»

(13) MAREZOLL, *Dir. Rom.*, P. II, Liv. III, secç. I, § 97.

Differentes são, com effeito, as soluções que o direito profere, conforme concorram ou não, na pessoa do possuidor e na posse da cousa principal, a boa fé, o justo titulo, o *animus* e a *opinio domini*, ou simplesmente o *animus possidendi* ou *detinendi*,

IV

Desinvolvendo proficientemente a theoria da *posse* no direito romano, SAVIGNY, o mais notavel dos romancistas modernos, foi o primeiro a estabelecer em solidas bases a unica terminologia, appropriada ao direito romano, que se coaduna com o systema da legislação e é susceptivel de resolver as numerosas difficuldades que dimanam dos textos.

A sua classificação, hoje quasi universalmente acceita, assenta sobre o facto material da *detenção*; e deste ponto de partida, á medida que elle reúne, um por um, todos os demais requisitos, vai assignalando os seus respectivos effeitos perante o direito.

As diversas especies de *posse*, apontadas por aquelle eximio jurisconsulto, são, em synthese, as seguintes:

a) a posse natural (*detentio*), aquella em que predomina o facto physico, ou á qual se une tão sómente o *animus detinendi*;

b) a posse juridica (*possessio*), aquella que reúne ao facto material da detenção o *animus domini*; finalmente

c) a posse civil (*civilis possessio*), que comprehende, além dos requisitos da posse juridica,—o justo titulo e a boa fé (14).

(14) SAVIGNY, *Posses.*, §§ VI e seguintes.

O possuidor que simplesmente detem, e que reconhece a propriedade alheia, não pôde adquirir os fructos da cousa possuída em virtude de consentimento do dono. Além disso, unicamente a percepção pôde originar essa propriedade; por isso que se a simples separação do solo, ainda mesmo suppondo-se o concurso simultaneo das duas vontades, a saber — a do proprietário e a do possuidor, tivesse a força de transferir o dominio dos fructos: não seria verdadeira a regra consagrada na L. 20 do Cod., Liv. II Tit. III, que domina todo o systema do direito romano sobre a transmissão da propriedade (15).

Evidentemente, em taes conjunturas, não é a posse, porém essa especie de tradição tacita, realisada por meio de *perceptio* (16), que produz a propriedade sobre os fructos. O facto da *apprehensio*, autorizado pelo dono — é o titulo de legitimidade desta nova aquisição (17).

O possuidor de má fé, posto que tenha *animus domini*, não faz seus, em tempo algum, os fructos da cousa possuída (18), nem pela *percepção* e, muito me-

(15) L. 20, Cod., Liv. II, Tit. III: «*Traditionibus et usucapionibus dominia rerum. nun nudis pactis, transferuntur.*»

(16) NAMUR, *Cours d'Instit.*, P. II, § III, c. I.

(17) NAMUR, obr. cit.: «*L'usufruitier et le fermier, au contraire, n'étant pas possesseurs, n'acquièrent les fruits que par une sorte de tradition faite par le propriétaire. Or, comme la tradition implique transfert de possession, il faut, de la part des acquéreurs, un acte d'APPREHENSIO, qui consiste ici dans la perception. La tradition est censée avoir été faite après que les fruits sont perçus, par ce que la perception a lieu avec l'assentiment du propriétaire.*»

(18) O possuidor de má fé não adquire os fructos pela *usucapição*, porque este effeito só dimana da *civilis possessio*, da qual é elemento substancial a *boa fé*; nem tão pouco pela theoria da *fructuum perceptio*, que não favorece ao possuidor de má fé, como se vê do § 35, Inst., Liv. II, Tit. I: «*... de fructibus ab eo (bonæ fidei possessore) consumptis agere (dominus) non potest. Et verò qui sciens alienum fundum possederit, non idem concessum est; itaque cum fundo etiam fructus, licet consumpti sint, cogitur restituere.*»

Vem ainda em confirmação deste asserto a L. 48, § 1.º, Dig. Liv. XLI, Tit. I que parece estar em contradicção com a L. 25, § 3.º, Dig. Liv. XXII, Tit. I. Este texto, porém, segundo alguns commentadores, deve ser interpre-

nos, a *fortiori*, pela simples *separação*; nem, ainda, pela *consumptio* (19).

A proposito dos efeitos juridicos ocasionados pela cessação da boa fé, controvertem os jurisconsultos sobre o direito do possuidor acerca dos fructos, e arguem de contradictorias as fontes legaes.

Na verdade, opinava JULIÃO que, apesar de vencer-se o possuidor da illegitimidade da sua posse, ainda enquanto os fructos permaneciam adherentes ao solo, nem assim, até á evicção, deixava de os perceber, sob o amparo do direito (20)

PAULO, porém, sustenta opinião contraria, e diz que—se o possuidor, mesmo antes da evicção judicial, adquire conhecimento de que a coisa frugifera é alheia: — não adquire os fructos (21).

POMPONIO decide na mesma conformidade.

Alguns jurisconsultos (22) são de parecer que não ha desharmonia nos textos, e que a L. 25 § 1, *Dig. Liv. XXII, Tit. I* apenas tem por fim estabelecer que a convicção subjectiva do possuidor acerca do vicio da

tado de harmonia com a L. 22, Cod., Liv. III, Tit. XXXII. E' como VINNIO explica a sua doutrina (Comment. á Inst., § 35, Liv. II, Tit. I, tom. I, pag. 161), considerando a necessidade da evicção, exigida por JULIANO, como referente unicamente ao direito, que cabe ao proprietario, de reclamar do possuidor—até os fructos consumidos.

(19) § 35 cit., Inst., Liv. II, Tit. I; e L. 22, Cod., Liv. III, Tit. XXXII: «*Certum est malæ fidei possessores omnes fructus solere cum ipsa re præstare, bonæ fidei verò, exstantes...*»

(20) L. 25, § 2.º, *Dig. Liv. XXII, Tit. I*: «*Bonæ fidei emptor sevit et antequam fructus perceperit, cognovit fundum alienum esse, an perceptione fructus suos faciat, quæritur? Respondi:—bonæ fidei emptor quod, ad percipiendos fructus, intelligi debet, quamdiu evictus fundus fuerit.*»

(21) L. 48, § 1.º, *Dig. Liv. XLI, Tit. I*; L. 40, *Dig. Liv. XLI, Tit. I*; L. 2, *Dig. Liv. V, Tit. III*; L. 2, *Dig. Liv. VI, Tit. II*. Diz o primeiro destes textos: «*Si eo tempore quo mihi res traditur, putem vendentis esse, deinde cognovero alienam esse, quia perseverat per longum tempus capio, an fructus meos faciam? Pomponius putat verendum, ne non sit bonæ fidei possessor, quamvis capiat; hoc enim ad jus, id est captionem; illud ad factum pertinere, ut si quis bona aut mala fide possideat.*»

(22) VINNIO, *infr.*

sua posse não autorisa, antes da evicção, a perturbação da mesma por aquelle que se pretende dono (23).

Neste sentido pronunciam-se a gloza de BARTOLO e varios outros romanistas antigos.

Em todo o caso, a doutrina corrente no direito romano classico é a que firma o direito do possuidor, acerca dos fructos percipiendos e perceptos,—sómente dentro do periodo em que perdura a boa fé. E' explicita a este respeito a legislação moderna (24).

Ainda neste ponto merece admiração a logica inflexivel do direito romano. Na verdade á medida que exigiu para a usucapião a boa fé tão somente no principio, em virtude da regra—*mala fides superveniens non nocet* (25), por isso que neste caso ha apenas uma unica acquisição; todavia, como na *fructuum perceptio* repetem-se as acquisições *ad singula momenta*: prescreveu elle como condição—uma boa fé constante e perpetua (26).

(23) VINNIO (obr. cit. ao § 35, Inst., Liv. II, Tit. I), depois de apresentar a doutrina corrente, que dimana da L. 23, § 1.º, Dig. Liv. XLVIII, Tit. I, e propôr a conciliação que expuzemos na not. 18 fin., acrescenta: «*Contrarium tamen videri potest, quod scribit Julianus Leg. QUI SCIT § 2.º DE USUR. ET FRUCT., bonæ fidei possessorem etiam eum in percipiendis fructibus intelligi qui postea cognovit rem alienam esse quamdiù ea evicta non fuerit, nisi dicamus... Julianum nihil aliud significare voluisse, quam hujusmodi possessorem, manere interim in possessione percipiendi fructus, nec in ea perceptione ab eo qui se dominum esse intendit, pendente lite, quamdiù de scientia nondum vere constat, turbare posse...*»

(24) L. 23, § 1.º, Dig. Liv. XLI, Tit. I: «*Tamdiù autem acquirit (qui bona fide alicui serviat, sine servus alienus est, sive homo liber est), quamdiù bona fide servit; cæterum si cæperit scire, esse eum alienum nec liberum, videamus an ei (possessori) acquirit? Quæstio in eo est, utrum initium spectamus, an singula momenta? Et magis est ut singula momenta spectemus.*»

(25) L. 15, § 3.º, Dig. Liv. XLI, Tit. III; L. 43, Dig. *ibid.*; L. un., § 3.º, Cod. Liv. VII, Tit. XXXI.

(26) VINNIO cit. Comment. a Inst., § 35, Liv. II, Tit. I, n. 5: «*...in usucapione tantum una acquisitio est, et ideo in ea sufficit, vel initium possessionis justum esse; in fructibus autem acquirentis, ut multæ acquisitiones, ita et in singulis bona fides spectanda, nec unum initium ut in usucapione, sed singula momenta...*»

Em summa, o possuidor de má fé em nenhuma época faz seus os fructos que percebe, ou os que se separam da cousa frugifera; pois deve ainda os consumidos, e não somente os existentes, ao proprietario reivindicante.

Fica assim firmada a necessidade da *boa fé* para a aquisição dos fructos pelo possuidor da causa frugifera.

Se o *justo titulo* tambem é, ou não, condição essencial para o nascimento desse importante effeito juridico,—é questão cuja importancia se patentêa na interpretação da L. 45, Dig. Liv. XXII, Tit. I.

Sem duvida um erro de direito pôde occasionar, como adiante veremos, a *opinio domini* independentemente da concurrencia do justo titulo. Não obstante, a falta deste elemento da *civilis possessio*, comquanto não impeça a aquisição dos fructos industriaes, exerce poderosa influencia sobre a theoria dos fructos naturaes.

Adiamos esta questão para quando tractarmos de harmonisar a L. 48 de PAULO, *Dig. L. XLI*, Tit. I, com a L. 45 de POMPONIO, *Dig. Liv. XXII*, Tit. I.

V

Emquanto os fructos adherem á cousa frugifera, constituem parte della e com ella formam um todo homogeneo, objecto de uma só propriedade (28); seguem a condição da cousa principal com cujo des-

(27) Com effeito, pôde haver boa fé e *animus domini* sem que tenha lugar o que MOLITOR denomina com muita propriedade—*justa opinio domini*.» *De la Possession en Droit Romain*, T. I, n. 9, pag. 20.

(28) L. 44, Dig. Liv. VI, Tit. I: «*Fructus pendentes pars fundi habentur.*»

tino se acham identificados: pertencem, pois, ao dono della.

Desde, porém, que se separam da fonte productora, tornam-se os fructos objecto de um direito de propriedade distincto do que tem por objecto a cousa frugifera, a cujo possuidor de boa fé, e não a cujo dono, passam a pertencer.

Se bem que, como vimos, o direito romano exija para a aquisição dos fructos por parte do usufructuario e do colono um acto positivo,—a percepção (29); menos exigente se mostra relativamente ao possuidor de boa fé. Este, bem como o emphyteuta, adquire os fructos—pela simples separação delles do solo, . . . «*etiam priusquam percipiat, statim ubi a solo separati sunt* (fructus) *bonæ fidei emptoris fiunt.*» (30)

Provinha tal differença de que, não sendo bastante em direito romano o *pacto nu* para operar a transferencia da propriedade (31), o usufructuario, que tem somente posse derivada e reconhece o dominio alheio, carece, além de manifestar explicitamente a intenção de se apropriar dos fructos, praticar um acto positivo que corresponda á *traditio* (32).

O possuidor com *animus domini* e *bona fides* não necessita recorrer á *tradição*, nem valer-se da *percepção*; porque não reconhece o dominio do verdadeiro dono.

(29) L. 25, § 1.º, Dig. Liv. XXII, Tit. I: «*Cum ad fructuarium pertinent fructus a quolibet sati, quanto magis hoc in bonæ fidei possessoribus recipiendum est, qui plus juris in percipiendis fructibus habent? Cum fructuarii quidem non fiunt, antequam ab eo percipiuntur. . .*»

(30) L. 48, Dig. Liv. XLI, Tit. I; L. 25, § 1.º, Dig. Liv. XXII, Tit. I: «*ad bonæ fidei autem possessorem pertinent, quoquo modo a solo separati fuerint, sicut ejus qui vectigalem fundum habet, fructus fiunt, semel atque solo separati sunt.*»

(31) L. 20, cit. Cod., Liv. II, Tit. III.

(32) SAVIGNY. obr. cit., § 22 a; VAN-WETTER, obr. cit., tom. I, § 103. Esta excepção é concernente ao possuidor de boa fé, emphyteuta, precarista, e ao credor pignoratício ao qual uma convenção tenha concedido os fructos da cousa penhorada.

Em relação ao seu estado, dividem-se os fructos, como ficou estabelecido, em—*pendentes, separados, existentes e consumidos*.

Os da primeira cathegoria pertencem invariavelmente ao dono da cousa principal, segundo os principios geraes da *accessão*.

Separados, os fructos, emquanto não reivindicados pelo dono da cousa frugifera, comprehendem-se no patrimonio do possuidor de *boa fé e justo titulo*. A natureza dessa propriedade adiante examinaremos.

Acerca da *fructum perceptio* segue SAVIGNY uma doutrina absolutamente singular.

Espirito eminentemente philosophico, talvez, considerando nessa questão mais o direito constituendo que o constituido, entende o eximio jurisconsulto que a separação dos fructos opera na *posse* uma nova phase distincta da primeira, nunca porém uma *propriedade*. Esta, na opinião de SAVIGNY, effectua-se pela *usucapião*, desde que concorram para esse resultado, além do facto da posse, os tres outros elementos indispensaveis: a boa fé, o justo titulo e o prazo legal (33).

Esta doutrina, porém, com razão impugnada pela corrente dos romanistas modernos, não se mantem em face dos textos (34).

Entretanto, a L. 48, princ. *Dig.* Liv. XLI, Tit. I, póde parecer que vem perturbar o systema da legislação romana.

(33) SAVIGNY, obr. cit., § 22 a, not. 1.^a

(34) L. 25, § 1.^o, *Dig.* Liv. XXII, Tit. I: «...*Porro bonæ fidei possessor in percipiendis fructibus ID JURIS HABET QUOD DOMINIS PRÆDIORUM TRIBUTUM EST*»; L. 48, § 2.^o, *Dig.* Liv. XLI, Tit. I: «*Et ovium fetus in fructa sunt, et idèd ad bonæ fidei emptorem PERTINENT, etiamsi prægnantes venierint, vel surrepta sint. Et sanè quin lac SUUM FACIT, quamvis plenius uberibus venierint, dubitari non potest; idemque in lana juris est.*» O mesmo principio se patentêa da L. 28 princ., *Dig.* Liv. XXII, Tit. I, de GAIO:

Cahe por terra, todavia, a difficuldade; uma vez que se attenda a que a expressão — *interim* — não indica inexistencia de propriedade, como pôde parecer; tem alcance muito diverso, como passamos a demonstrar.

Na theoria da *fructuum perceptio*, ao contrario do que succede na da *usapião*, a superveniencia da má fé prejudica o direito aos fructos por parte do possuidor. A razão desta differença é que, na especie, ha tantas acquisições distinctas e independentes, quantas separações periodicas de fructos; e não, como em materia de usucapião, uma unica acquisição (36).

A interinidade (*interim*) refere-se conseguintemente ao *direito de perceber* os fructos e não á *propriedade* já sobre elles adquerida (37).

«*In pecudum fructu etiam fetus est, sicut lac et pilus et lana. Itaque agni et hædi et vituli STATIM PLENO JURE sunt bonæ fidei possessoris et fructuarii.*»

A L. 4.^a, § 19, Dig. Liv. XLI, Tit. III destróe pela base e de modo explicito a estranha doutrina de SAVIGNY: «*Lana ovium furtivarum, si quidem apud furem detonsa est, usucapi non potest; si verò apud bonæ fidei emptorem, contrà, quoniam in fructu est, NEC USUCAPI DEBET, sed STATIM EMPTORIS FIT.*»

Confronte-se a doutrina deste texto com a da L. 12, § 8.^o, Dig. Liv. XLIX, Tit. XV.

Ainda é explicita a L. 48, § 6.^o, Dig. Liv. XLVII, Tit. II de ULPIANO: «*Ex furtivis equis nati STATIM ad bonæ fidei emptorem PERTINENT; meritò, quia in fructu numerantur...*»

(35) L. 48, princ., Dig. Liv. XLI, Tit. I de PAULO: «*BONÆ FIDEI EMPTOR, non dubiè percipiendo fructus etiam ex alinea re, SUOS INTERIM FACIT... quia quod ad fructus attinet, loco domini penè est.*»

(36) VAN-WETTER, tom. I, § 103, secç. II, n. I.

(37) Esta interpretação, além de ser a unica admissivel em frente do elemento systematico, é tanto mais procedente quanto está no genio da lingua latina collocar na oração o adverbio immediatamente antes da palavra que elle modifica. O texto traz: «*suos interim facit*»; portanto *interim* refere-se a *facit*, e não a *suos*. O que é *interino* é o *direito de adquirir*, o direito de ir fazendo seus os fructos, e não a *propriedade adquerida* com o exercicio desse direito.

Quanto aos termos—*loco domini penè est*, que parecem extremar o dominio adquirido sobre os fructos pelo possuidor de boa fé da cousa frugifera—do dominio do verdadeiro dono, alludem, em nosso conceito, a uma differença, que realmente existe, á obrigação pessoal que tem o primeiro de restituir os fructos existentes, desde que o ultimo judicialmente os reclame.

Não tem, portanto, fundamento no direito constituído a doutrina de SAVIGNY. Os textos e os autores a repellem unânimes e solidários.

Outros juristas, não podendo conciliar com a irrevogabilidade característica do domínio a obrigação, que pesa sobre o possuidor, de restituir os fructos *exstantes*, admittem a existência de uma propriedade relativa e revogável (38), distincta da propriedade *erga omnes*.

Entretanto, esta obrigação *pessoal* de restituição não destrói o caracter absoluto da propriedade que sobre os fructos adquire o possuidor de boa fé, o qual exerce um poder illimitado: pode usar, gozar e dispôr. E assim pôde fazer, porque adquiriu os fructos — *pleno jure*.

Além disso, como bem demonstra MAYNZ, não ha antagonismo entre a propriedade irrevogável sobre uma coisa e a obrigação eventual de a restituir. Assim, quando alguém recebeu de boa fé uma coisa indevidamente paga (39). «A obrigação de que se tracta, diz VAN-WETTER, como qualquer outra relação obrigatoria, é impotente para limitar o direito do possuidor de boa fé sobre os fructos; a propriedade permanece a mais inteira e absoluta possível, apesar de todos os compromissos que pode ter o proprietario relativamente á sua coisa; por isso que tambem o possuidor de boa fé tem o direito de alienar os fructos, exactamente como o proprietario, sem que o dono da coisa frugifera os possa reclamar nas mãos de terceiro adquirente, e mesmo — sem que possa exigir do possuidor de boa fé a entrega do preço que houver

(38) MAREZOLL, obr. cit., § 97; THIBAUT, *System*, II, § 709, e outros.

(39) MAYNZ, *Droit Romain*, § 194; NAMUR, obr. cit., Liv. I, § III, n. II.

recebido em troca. Tal é, no mais, a opinião geral dos romanistas modernos» (40).

Professam outros juriconsultos que a propriedade do possuidor de boa fé sobre os fructos—não data senão da *consumptio*; porque, antes disso, os póde o dono reivindicar (41).

E' sempre, como se vê, o mesmo supposto antagonismo entre o dominio e a obrigação de restituir, que actuou no espirito dos sustentadores dessa doutrina. Para elles antes da *consumptio*, a propriedade sobre os fructos permanece—*in pendenti*, ou com clausula resolutoria.

Assim como o precedente, com o qual offerece muita analogia, este systema cahe fulminado pela expressa e terminante disposição dos textos (42).

A *consumptio* melhora, certamente, a posição do possuidor acerca dos fructos, eximindo-o da obrigação de os entregar ao dono reivindicante. Esta regra, porém, como demonstra MAYNZ, origina-se do preceito: «*debitor rei certæ ejus interitu liberatur.*»

VI

E' sem duvida uma das mais difficeis e controvertidas questões que apparecem no estudo da *fructuum perceptio* a de determinar-se *quaes os fructos* que

(40) MAKELDEV, *Man. de Droit Romain*, II, § 266; MAYNZ, obr. cit., § 194; VANGEROW, P. I, § 326, An. II, n. 2; NAMUR, obr. cit., P. I, § 111; PUCHTA, *Instit.*, P. II, § 242, pags. 703 a 706, e *Pandect.*, § 166; MÜHLEBRUCH, P. II, § 250; SCHILLING, P. II, § 161 etc.

(41) ACCARIAS, *Précis de Droit Romain*, tom. I, n. 250.

(42) L. 21, § 1.º, Dig. Liv. XXII. Tit. I; L. 28 *princ.*, Dig. Liv. XLI, Tit. I; L. 4, § 19, Dig. Liv. XLI, Tit. III; L. 48, § 6.º, Dig. Liv. XLVII, Tit. II.

adquire o possuidor de boa fé: se tão sómente os *industriales*, ou se estes e também os *naturales*.

Na jurisprudencia moderna tem geralmente prevalecido esta opinião. Aquella, porém, parece ter tido maior credito entre os antigos commentadores do direito romano; era a decisão commum dos Glozadores (43) e se baseava no § 35, Inst. Liv. II, Tit. I, que attribue ao possuidor os fructos percebidos, *pro cultura et cura* (44), e na L. 45, Dig. Liv. XXII Tit. I, a qual parece realmente, ao primeiro aspecto, conter doutrina geral e estabelecer que o possuidor de boa fé só faz seus os fructos *industriales*, «*quo suis operis adquisierit. . .*», e conclue negando-lhe a propriedade dos fructos *naturales*: «*quia non ex facto ejus is fructus nascitur*» (45).

(43) Attestam-no VINNIO, *Quæst. select.*, 2, XXV; HUBERO, *Prælect.*, T. I, pag. 115.

(44) Enxergam alguns nas expressões—*pro cultura et cura*—a prova de que o possuidor só adquire os fructos para cuja produção tem cooperado. Adiante mostraremos a improcedencia desta interpretação.

(45) L. 45, Dig. Liv. XXII, Tit. I, POMPONIO: «*Fructus percipiendo uxor, vel vir ex re donata, suos facit: ILLOS TAMEN QUOS SUI OPERIS ADQUISIERIT, veluti serendo; nam si pomum decerpserit, vel ex silva cædit, non fit EJUS: SICUTI NEC CUJUSLIBET BONÆ FIDEI POSSESSORIS, quia non ex facto ejus is fructus nascitur.*»

Destas finaes palavras e de todo o pensamento que domina este fragmento deduzem os impugnadores da opinião de VINNIO que não é a boa fé, como pensa aquelle juriconsulto, baseado na L. 136, Dig. Liv. L, Tit. XVII, a causa essencial da aquisição dos fructos pelo possuidor, porém um *facto delle*. E a razão, dal-a HUBERO: porque, diz elle, «*absurdum foret opinionem alterius meum jus minuere vel mutare: causa fructuum acquirendorum est FACTUM aliquod possessoris, ut est in fine. L. 45, Dig. de Usur.*»

A mesma idéa encontra-se em GROCIO, *De jure belli et pacis*.

Explicam-se, assim, muito naturalmente as palavras da Inst., § 35 cit.—*pro cultura et cura*.

Dissentimos, porém, dessa doutrina, e não se nos affiguram concludentes os argumentos sobre os quaes ella assenta. De facto, as razões produzidas, que acabamos de mencionar, não explicariam a theoria da usucapião e da prescripção. O engano alheio pôde modificar o nosso direito, uma vez que a lei dê lugar a effeitos juridicos dessa natureza.

E' estranho que procurem esses escriptores fundamento no direito natural para uma instituição que dimana exclusivamente do *jus civile*. A *fructuum perceptio* não pôde ser classificada entre os modos de adquirir dominio—*jure gentium*, porém—*lege*.

Da L. 48, Dig. Liv. XLI Tit. I (46) que, em nosso vêr, repelle essa doutrina, ainda procuram, por meio de uma interpretação violenta, deduzir a confirmação della, como adiante mostraremos.

Divergimos dessa opinião.

Pelo espirito geral do direito romano sobre o *fructuum fierceptio* patentêa-se que o pensamento capital que inspirou todas essas disposições esparsas na legislação foi uma razão de equidade; tendo em mente o legislador impedir a ruina do possuidor de boa fé que, por certo, se conhecesse que os fructos eram alheios e o consumo delles teria que ser indemnizado, não lhes daria a mesma applicação, e seria mais economico. . .

Sendo assim, não ha razão para que se estabeleça, sob esse ponto de vista, distincção alguma entre fructos naturaes e industriaes, concedendo-se estes ao possuidor de boa fé, e negando-se-lhe os outros.

Se bem que de summa importancia, não nos convencem os argumentos da escola contraria, que em seguida passamos a examinar.

As expressões do Imperador — *cultura et cura*, que se leem no § 35 cit. da Inst. Liv. II Tit. I, são tão amplas que, sem inconveniente, podem se referir a todas as especies de fructos; pois mesmo os naturaes reclamam algum cuidado (47).

Accresce que identica razão seria applicavel ao possuidor de má fé, e, não obstante, o § cit. denegalhe positivamente a aquisição de qualquer especie de

(46) L. 48, Dig. Liv. XLI, Tit. I de PAULO: «*Bonæ fidei emptor non dubiè percipiendo fructus etiam ex aliena re, suos interim facit, non tantum eos qui diligentia et opera ejus pervenerunt, sed omnes: quia quod ad fructus attinet, loco domini penè est. . .*»

(47) VINNIO, *Quæst.*, cit.: «*. . . vix ulla res est, quæ sine cultura aut cura aliqua fructum ferat.*»

fructo, portanto, singularmente, dós fructos industriaes (48).

Os argumentos deduzidos da L. XLV, Dig. Liv. XXII Tit. I não procedem, porque não existe, na hypothese figurada, possuidor de boa fé com justo titulo (49); com effeito, imagina Pomponio nesse *fragmento* uma posse de boa fé derivada de doação entre conjuges,—titulo este inhabil para transferir dominio, em face da L. 1.^a, Dig. Liv. XIV Tit. I (50).

Não se acham, pois, reunidos no presente caso os requisitos que suppõem as Institutas e os textos do Digesto e do Código (51); e a concessão dos fructos industriaes, como é expresso no texto, resultam sem duvida de considerações de equidade.

Este systema explica naturalmente o final da referida L. 45 Dig., Liv. XXII, Tit. I.

Pretendem alguns romanistas generalisar o alcance desta lei, que é restricto á hypothese, levados pela força das expressões do texto: «... *si pomum decerpserit, vel ex silva caedit, non fit ejus*: SICUTI NEC CUJUSLIBET BONÆ FIDEI POSSESSORIS...» (52). VINNIO, porém, demonstra de modo convincente—quanto é violenta essa interpretação. POMPONIO, com effeito, não diz que—taes fructos não são *nullius bonæ fidei pos-*

(48) VINNIO, obr. cit.; VAN-WETTER, obr. cit., tom. I, pag. 376; ACCARIAS, obr. cit., tom. I, pag. 345; ORTOLAN, *Instit.*, tom. II, pag. 299; NAMUR, obr. cit., tom. I, pag. 376. Contra: HUBERO, obr. cit., pag. 115.

(49) HEINECCIO, *Ad Pandectas*, P. VI, Liv. XII, Tit. I, § 91; VINNIO, *Quæst.*, cit. e *Ad Instit.*, Liv. II, Tit. I, § 35.

(49) L. 1, Dig., Liv. XXIV, Tit. I de ULPIANO: «*Moribus apud nos receptum est, nec inter viram et uxorem donationes valerent...*»

(50) Referem-se sempre os textos a um titulo juridico, uma justa causa. As Instit. dizem: «*si quis... emerit, vel ex donatione ALIAVE QUALIBET JUSTA CAUSA... acceperit...*» No Digesto é quasi sempre questão de posse havida por compra ou doação, e as leis tratam frequentemente do possuidor—*emptor*, do possuidor que comprou, embora a um *non domino*.

(52) HUBERO, *Prælect.*, Liv. II, Tit. I, *De Fructuum perceptione*, pag. 115: «...*quæ verba non particularem, sed universalem negationem inferre, ex cursu textuque orationis, ni fallor, liquet.*»

essoris, porém — *non cujuslibet*. . . . Ha muita differença entre dizer-se que uma causa—não é de *qualquer* pessoa e que não é de *nenhuma* pessoa.

O que, tão somente, afirma o jurisconsulto é que os fructos naturaes — *não são* de QUALQUER POSSUIDOR de boa fé. E diz uma verdade; pois, como temos visto, taes fructos são *somente* do *possuidor de boa fé* E JUSTO TITULO.

Como se vê, e nisto applicamos as lições dos classicos da lingua latina (53), ligamos á expressão do texto—*nec cujuslibet* (nem de qualquer) um sentido particular, e não um sentido geral, á medida que a palavra *nullius* (de nenhum) envolveria negação absoluta, que não existe no texto.

Quando se diz, pondera VINNIO, «nem a qual-quer é dado ir a Corinthe» tacitamente se confessa que isso é dado a alguém (54).

(53) E' importante, neste ponto, a autoridade dos lexicographos :

Assim, QUICHERAT menciona trechos de CICERO, TITO LIVIO e HORACIO, nos quaes o vocabulo—*quilibet* deve ser traduzido pela particula—*qualquer*. SANTOS SARAIVA segue-lhe fielmente as pegadas, e o *Magnum Lexicon* tambem se conforma com essa traducção.

(54) VINNIO, cit. *Quaest.* XXV. Em apoio da sua interpretação, que abraçamos, cita este distincto romanista, o commentador classico por excellencia, a L. 6 *princ.* do mesmo POMPONIO, Dig. *De contr. empt.*, que diz que não tem lugar a venda ou alienação acerca de *qualquer* cousa (NON CUJUSCUMQUE *rei venditionem aut alienationem esse*), sem que todavia jámais alguém tenha entendido que não é licito vender-se ou se alhear cousa alguma (NULLIUS *rei esse venditionem*): *quod falsum esse*, accrescenta VINNIO, *vel pueri sciunt, sed quarundam dumtaxat rerum non esse, nempe earum, quas vel natura, vel gentium jus, vel mores civitatis commercio exemerunt; ceterum autem rerum esse*, d. l. 6, *princ.* L. *si emptione*, 34, § 1.º, Dig. EOD., *igitur in hac enunciatione*: «NON OMNIS, AUT QUILIBET BONAE FIDEI POSSESSOR FRUCTUS NATURALES SUOS FACIT»; *cum consequens non omni antecedenti attribuat, sed solummodo ejus parti alicui, satis apparet, POMPONIUM non eodem jure omnes bonae fidei possessores censere; et tacite duo genera et ejusmodi possessorem facere; unum eorum, qui fructus naturales suos non faciunt; alterum, qui eos etiam suos faciunt. Atque ita est, non omnis bonae fidei possessor fructus omnes percipiendo suos facit; sed is solum, qui justo titulo possidet, causamque justam habet, cur existimet rem ad se pertinere.»*

POMPONIO estabeleceu tacitamente duas cathogorias de possuidores de boa fé: uns, os que teem *justa causa*, estes fazem seos *todos os fructos*, tanto os industriaes como os naturaes; outros, os que carecem de titulo juridico, estes adquirem unicamente os fructos industriaes. E é por isso que aquelle jurisconsulto diz no texto: « . . . nem de *qualquer possuidor de boa fé* são os fructos naturaes » deixando subentendida a seguinte adversativa: « mas tão somente do *possuidor de boa fé*, QUE TIVER UM TITULO JURIDICAMENTE HABIL PARA A TRANSFERENCIA DO DOMINIO ».

O possuidor que carece de *justa causa*, posto que por erro ou ignorancia de direito se repete verdadeiro dono,— não adquire os fructos *naturaes*; porque a ignorancia de direito não favorece, mormente nos lucros (55). Interpretada por este modo, a L. 45 de POMPONIO, *Dig.* Liv. XXII, Tit. I nenhum antagonismo offerece com o frag. de PAULO L. 48 *Dig.* Liv. XLI, Tit. I (56).

Com effeito, assim se exprime neste texto o insigne jurisconsulto: *Bonæ fidei emptor non dubiè percipiendo fructus etiam ex aliena re, suos interim facit, NON TANTUM EOS QUI DILIGENTIA EI OPERA EJUS PERVENERUNT, SED OMNES; quia quod ad fructus attinet loco domini penè est. . . »*

Em face de disposição tão terminante, recorrem os nossos adversarios a expedientes engenhosos: restringem o alcance do termo — *omnes*, contrapondo-lhe a expressão — *ejus*, que tambem figura no texto; de tal

(55) L. 4, L. 7 e L. 8, *Dig.* Liv. XXII, Tit. VI. Corróboram a doutrina destes textos as Ls. 24, *Dig.*, L. XLI, Tit. III; e L. 136, *Dig.*, L. L, Tit. XVII, donde se deduz a regra: « *Ubi lex impedimento est, bona fides in compendiis possessori non prodest.* »

(56) Entretanto, são reputados inconciliaveis estes dois textos do Digesto, por ORTOLAN, obr. e lug. cit.; ACCARIAS, obr. cit., pag. 545; e L MOIGNE, *De l'Erreur em matière civile*, pag. 15.

arte que aquella palavra ficaria significando—*todos* os fructos industriaes, mesmo os que não custaram trabalho *do possuidor*, mas trabalho alheio (57).

Entendem, pois, que o legislador não se refere nesse texto aos fructos naturaes; e o confrontam com a L. 25 § 1.º *Dig. Liv. XXII, Tit. I.* onde se suppõe trabalho anterior e se tracta de uma hypothese analoga a essa que querem enxergar nesse texto.

Não obstante a gloza pronunciar-se a favor desta intelligencia restrictiva, nós a repellimos como em desarmonia com o conjuncto do texto. E neste ponto, estamos de plano accordo com VINNIO: «*Quis enim non videt verbum OMNES a juriseonsulto non ad operantes sed ad fructus ipsos referri, eoque designari fructus diversi generis et qualitatis ab iis, quos dixerat opera possessoris provenire?*» (58).

O acerto desta interpretação sobresahe notavelmente, quando accrescenta logo depois, no mesmo texto, o jurisconsulto PAULO: «*...quia quod ad fructus attinet, loco domini penè est...*»

Ora, se o possuidor de boa fé e justo titulo occupa, em relação aos fructos, a *posição de dono*, (sentença esta que JULIANO repete e amplia na L. 25 § 1.º *Dig. Liv. XXII, Tit. I* (59), não é, por certo, licito

(57) HUBERO, obr. e lug. cits.: «...SED OMNES, *id sic recipiendum erit, cum gl. et dd, ut vox—OMNES—respondeat particula—EJUS: suos facit fructos non ab ipso, sed et quolibet alio facto, ac ita omnes, ut docet, L. 25, § 1.º de Usur.*»

(58) VINNIO, *Quæst. cit.*

(59) L. 25, § 1.º, *Dig. Liv. XXII, Tit. I*: «...*Bonæ fidei possessor in percipiendis fructibus et juris habet QUOD DOMINIS PRÆDIORUM TRIBUTUM EST.*» Esta mesma lei fornece em prol da nossa doutrina mais um argumento importante. Escreve JULIANO pouco acima: «...*in percipiendis fructibus magis corporis jus, ex quo percipiuntur, quam seminis ex quo oriuntur, aspicitur...*» Destas palavras conclúe VINNIO, com razão, que o trabalho e a industria não são a causa principal dessa aquisição, por isso que os fructos do sólo são sempre, com direito, percebidos pelo possuidor de boa fé e justo titulo, mesmo quando este não tenha cooperado para a produção delles. E o que decide JULIANO acerca dos fructos do sólo estende-se a todos os fructos.

afirmar-se que adquire os mesmos— em consequencia do trabalho seu ou de outrem.

Por ventura o *dono* adquire os fructos por essa causa, a saber—*pelo trabalho* seu ou alheio?

Demais, qual o fundamento em virtude do qual esses jurisconsultos attribuem ao possuidor os fructos provenientes da industria e cuidado alheios, á medida que lhe recusam os fructos espontaneos? Pois não é certo que em ambos os casos elle se conserva completa e egualmente estranho á producção delles?

Se repugna á equidade attribuirem-se ao possuidor, com prejuizo do dono da cousa frugifera, os fructos naturaes; não será mais iniquo ainda attribuirem-se-lhe fructos cuja existencia seja devida a trabalho alheio, mormente a trabalho do proprio dono?!

E' fortalecida ainda a doutrina que sustentamos pela generalidade dos termos do § 35 da Inst. Liv. II, Tit. I, onde JUSTINIANO não estabeleceu distincção entre fructos naturaes e industriaes e, ao contrario, parece com as expressões—*cultura et cura*—querer abranger ambas as especies de fructos.

Esta interpretação é corroborada pela disposição expressa de varios textos (60) e pela theoria da restituição dos fructos ao dono reivindicante:—objecto da secção VII deste trabalho.

A L. 4 § 2.º, Dig. Liv. X Tit. I confere indistinctamente—todos os fructos ao possuidor de boa fé e justo titulo (61).

(60) Abstrahindo mesmo a L. 48, Dig. Liv. XLI, Tit. I, fonte importantissima na theoria da *fructuum perceptio*, temos ainda a L. 13, Dig. Liv. VI, Tit. I, que attribue expressamente ao possuidor de boa fé a azeitona, o feno, etc., que são reconhecidamente fructos naturaes.

(61) L. 4, § 2.º, Dig. Liv. X, Tit. I, PAULO: «...ante *judicium (fructus) percepti non omnimodò hoc in judicium veniunt; aut enim bona fide percepti, et lucrari eum oportet, si eos consumpsit...*»

Disposição identica encontra-se no § 35 cit. da Inst. Liv. II Tit. I; § 2.º Inst. Liv. IV, Tit. XVII; e L. 22 Cod., Liv. III Tit. XXXII (62), que denegam ao dono o direito de reclamar os fructos consumidos, reconhecendo a propriedade do possuidor de boa fé sobre *todos* elles, quer sejam industriaes quer naturaes.

VII

Quaes os fructos que o possuidor de boa fé tem obrigação de restituir ao dono reivindicante?

Os fructos estão *pendentes* ou *separados*. Os primeiros, por isso que constituem parte da coisa frugifera (63), são reivindicados e restituídos juntamente com a mesma coisa. Não póde, portanto, ser suscitada duvida senão, tão sómente, a respeito dos fructos *separados*.

Dividem-se estes em—*exstantes* e *consumpti*.

Pois bem, o possuidor de boa fé lucra definitivamente *todos* os fructos percebidos e *consumidos* enquanto perdura a boa fé, e deve restituir *todos* os *existentes* (*exstantes*), embora percebidos de boa fé (64).

Esta doutrina, porém, não é isenta de impugnações e controversias.

Sem poderem conciliar com o direito de propriedade a obrigação de restituição, alguns juriscultos resolveram negar a existencia desta obriga-

62 O primeiro e o ultimo destes textos já nos são conhecidos e atraz ficaram reproduzidos. O do § 2.º Inst. Liv. IV Tit. XVII assim dispõe: «...*Si verò bona fide possessor fuerit, non habetur ratio consumptorum (fructuum), neque non perceptorum.*»

(63) L. 44, GAIO, Dig. Liv. VI, Tit. I: «*Fructus pendentes pars fundi videntur.*»

(64) § 35, Inst. cit., Liv. II, Tit. I; § 2.º, Inst. Liv. IV, Tit. XVII; L. 22, Cod. Liv. III, Tit. XXXII.

ção (65); e basearam tal systema nos seguintes textos: L. 22 Cod. Liv. III, Tit. XXXII; L. 48, Dig. Liv. XLI Tit, I. os quaes, como temos visto, equiparam, em relação aos fructos, o possuidor de boa fé ao dono.

Mesmo, abstracção feita destes textos, tão fragil doutrina cahe por terra ante uma simples consideração: o possuidor de boa fé tem sobre os fructos poder igual ao do dono,—sómente durante a constancia da boa fé. Então, elle adquire os fructos pela percepção, e póde consumil-os, se ainda perdura a boa fé, sem ter obrigação de os restituir ao dono. Ora, na época da reivindicacção pelo dono, *depois de lide contestada*, NÃO É MAIS ADMISSIVEL A SUBSISTENCIA DA BOA FÉ. O possuidor, nesta conjuntura *deixa de ser equiparado ao dono*, pois é considerado *de má fé*; porque *sabe que a cousa frugifera não é sua*. Em consequencia, é obrigado a restituir os fructos *existentes*, e desde essa época—*todos* os mais que perceber; e deverá, *mesmo*, *os que consumir*. (66).

Pretende DONNELLUS que—a expressão *exstantes* da L. 22 cit. Cod. Liv. III Tit. XXXII significa o mesmo que *stantes*, que, por seu turno, é synonymo de —*pendentes*.

BRAVARD-VEYRIÈRES, refuta victoriosamente esta original interpretação. Adduz elle dois argumentos de incontestavel valor juridico:

(65) BRAVARD-VEYRIÈRES,, *De l'Etude et de l'enseignement du Droit romain*, cap. III, 1.^a secç. II, § 1.^o, pags. 193 e segs.: «*Le possesseur de bonne foi, disent-ils, acquiert les fruits, ou par le fait de la perception ou par celui de la consommation. Or il est certain qu'il ne les acquiert pas par ce dernier fait, donc il les acquiert par le premier; dès lors ils sont perçus, et non pas seulement lorsqu'ils sont consommés; par conséquent il suffit qu'ils les aient perçus pour qu'il soit dispensé de les restituer.*»

Esta, porém, não é a opinião de BRAVARD, que a refuta victoriosamente.

(66) Leis cit.; BRAVARD-VEYRIÈRES, obr. e lug. cit.

1.º Ainda mesmo que *exstantes* devesse significar *pendentes*, não seria licito concluir-se que—fructos *existentes* seja o mesmo que—fructos *stantes*;

2.º Os fructos ainda *pendentes* estão necessariamente comprehendidos na restituição do predio, do qual são parte integrante; não é, portanto, a estes que se referem as leis citadas por DONELLUS (67).

Subsistindo os fructos, se o dono da coisa principal sobrevem a reclamá-los, desvanece-se o dominio do possuidor de boa fé.

A *consumptio* exime o possuidor de boa fé da obrigação de restituir os fructos; mas, não produz propriedade. Ella extingue direitos, não os engendra; pois é impossivel que alguém *tenha o direito* de consumir coisa alheia — pelo facto de a ter consumido.

E' muito mais razoavel dizer-se que o possuidor de boa fé consome os fructos, porque *tem o direito de os consumir*, a saber — tem sobre elles propriedade. Diz HUBERO: «*Ideoque ratio non fert, ut consumptio novi juris sit causa, sed ut effectum dumtaxat considerari potest*» (68).

O possuidor de boa fé tem sobre os fructos propriedade plena e absoluta (69). Elle tem em suas mãos todos os elementos do dominio, — o *uti* e o *abuti*; consumindo-os, nenhuma indemnisação fica elle a dever ao dono da coisa frugifera.

O direito romano foi logico até o fim.

Desde, porém, que a acção judicial, movida pelo verdadeiro dono, convence o possuidor do vicio inherente á sua supposta propriedade, este deixa de ser

(67) BRAVARD-VEYRIÈRES, obr. e lug. cit.

(68) HUBERO, *Pandect* Tom. II Tit. I n.º 3, pag. 116

(69) V. Secção V. desta dissert., notas 39 a 41 e leis cit. *hic*.

possuidor de boa fé não sómente acerca dos fructos *percipiendos*, mas tambem dos *exstantes*. Eis porque os textos exigem a restituição de *todos os fructos substitentes* (70).

E', conseguintemente, imaginario o antagonismo que enxergam os romanistas francezes entre os textos do *Digesto* e das *Institutas*, que equiparam respectivamente aos fructos o possuidor de boa fé ao dono da cousa principal, e as constituições do Codigo e os §§ das mesmas *Institutas*, que firmam a obrigação de restituir os fructos *exstantes*.

A theoria de direito romano sobre a obrigação de restituição dos fructos acha-se resumida na L. 22, Cod., Liv. III, Tit. XXXII: « *Certum est malæ fidei possessores fructos omnes solere cum ipsa re peastare; bonæ fidei vero, exstantes; post autem litiscontestationem, uniuersos.* »

Assim, o possuidor de boa fé restitue *todos os fructos existentes*; e lucra *todos os fructos consumidos* (71).

Em uma notavel monographia, pretende PELLAT, (72) que a distincção entre os fructos consumidos e os que o não são data tão sómente de um rescripto dos imperadores DIOCLECIANO e MAXIMIANO, que fórma a L. 22 Cod., Liv. III, Tit. XXXII. Segundo PELLAT, a doutrina dos jurisconsultos romanos, cujos fragmentos figuram no *Digesto* e predominante no periodo da jurisprudencia classica, teria sido — que o possuidor de boa fé deveria lucrar os fructos percebidos, mesmo quando, ainda *exstantes*, os reclamasse o proprietario da cousa frugifera. Na opinião de

(70) L. 22, Cod. Liv. III, Tit. XXXII e outros textos já referidos.

(71) VINNIO, *Quæst. select.*, P. I, Cap. XXVI.

(72) PELLAT, *De la Propriété en Droit romain*, 2.^a ed., pags. 304

PELLAT, aliás muito acatada, segundo atesta ORTOLAN (73), na Faculdade de Paris, as restricções — *interim, penè, si consumpti sint* e outras semelhantes —; devem ser olhadas, em todos os textos em que são encontradas, como interpolações dos compiladores do *Digesto*.

Esta arguição é destituída de fundamento:

1.º porque a distincção entre fructos *exstantes* e fructos *consumpti* achava-se já consagrada n'um fragmento de ULPIANO, o qual passou para o *Digesto* L. 25 § 16, Liv. V. Tit. III;

2.º porque, como judiciosamente observa ORTOLAN (74), basta lêr-se a constituição de DIOCLECIANO para de logo se reconhecer que ella não contem em seus termos a minima sombra de innovação, porém que se refere, ao contrario, a essa differença como a um ponto certo (*certum est*, diz o texto) e constituindo costume (*solere*) (75).

Por outro lado, a disposição desta constituição do Codigo tem sido pelos romanistas ampliada e restringida arbitrariamente. Assim, encontramos em VINNIO (76) vestigio de uma doutrina que circumscreve unicamente aos fructos *naturaes* a obrigação de entregar os *exstantes*, que pesa sobre o possuidor de boa fé. Ficaria elle isento da obrigação de restituir os fructos industriaes existentes.

Como se vê, é esta uma limitação, além de arbitraria, incompativel com a qualidade e largueza dos textos (77).

(73) ORTOLAN, obr. cit. ao § 35 das Inst., L. II, Tit. I, pag. 198.

(74) ORTOLAN, obr. e lug. cits.

(75) Diz a referida Const. 22, Cod. Liv. III, Tit. XXXII: «*Certum est male fidei possessores omnes fructus solere cum ipsa re præstare; bona fidei, verò, exstantis: post autem litis contestationem—universos.*»

(76) VINNIO, *Quæst. Select.*, P. I, Cap. XXVI.

(77) L. 4, § 2.º, Dig. Liv. X, Tit. I; § 35, Inst., Liv. II, Tit. I; § 2.º, Inst., Liv. IV, Tit. XVII.

Querem outros que o possuidor de boa fé esteja adstricto a restituir não sómente os fructos que existem *in natura*, mas ainda os que foram consumidos, — se o possuidor se tiver enriquecido, quer os tenha vendido e guarde ainda o preço, quer pelo consumo delles tenha poupado em valor correspondente o seu patrimonio.

As bases jurídicas que invocam em sustentação desta doutrina — são as leis 15 e 65 §§ 6, 7 e 8, *Dig.* Liv. XII, Tit. VI (78).

E', porém, inapplicavel á especie a doutrina desses textos, por isso que ha profunda distincção entre a *conditio indebiti* e a reivindicacão, sendo a parte, no primeiro caso, ligada por um vinculo pessoal a satisfazer o prejuizo que tiver causado.

Além disso, mesmo a prevalecer a opinião contraria, o argumento deduzido dos textos apontados *provaria demais*; por isso que, como pondera BRAVARD e, aliás, se torna manifesto da propria integra das suas disposições, essas leis não distinguem — se o possuidor enriqueceu-se ou não.

Entendem ainda esses autores que as expressões — *fructus consumpti* significam fructos dos quaes nada mais resta, de cujo consumo não rezultou proveito.

(78) L. 15, *princ.*, PAULO, *Dig.* Liv. XII, Tit. VI: «*Indebiti soluti conditio naturalis est: et ideò etiam quod rei soluta accessit, venit in conditionem; utputa partus, qui ex ancilla natus sit; vel quod alluvione accessit; immò et fructus, quos is, cui solutum est, bona fide percepit, in conditionem veniunt.*»

L. 65, § 5.º, *eod.*: «*Et qui indebitum repetit, et fructus et partus restitui debent, deducta impensa.* § 6.º *In frumento indebitò soluto et bonitas est: et, si consumpsit frumentum, pretium repetet.* § 7.º *Si habitatione data, pecuniam condicam; non quidem quanti locare potui. sed quanti tu conducturus fuisses;* § 8.º: *Si servum indebitum tibi dedi, eumque manumisisti, si sciens hoc fecisti, tenebris ad pretium ejus liberti, et ut hereditatem ejus restituas.*»

Encontram-se, na verdade, alguns fragmentos na legislação romana, em que a expressão — *consumere* significa — perder, consumir inutil e desperdiçadamente (79); entretanto, mesmo deixando de lado outros textos que repellam tal interpretação (80), ainda assim a doutrina seria inaceitavel, por isso que — conclúe de particular para geral.

Esse não é, conseguintemente, o sentido da expressão — fructos consumidos.

Entendemos, para empregarmos uma palavra que resuma todas as idéas envolvidas na hypothese, que o legislador não quiz senão referir-se ao *uso definitivo*, o *abuti* dos jurisconsultos romanos, a disposição ultima, que importava o anniquillamento da propriedade, já pela destruição directamente effectuada pela propria pessoa, já pela transferencia da propriedade a outrem.

Em summa, cumpre discriminar — se os fructos *separados*:

- a) existem ainda, (*exstantes*), ou
- b) foram consumidos (*consumpti*).

No primeiro caso, elles devem ser restituídos ao dono da cousa frugifera; no segundo, lucra-os o possuidor de boa fé.

VIII

A doutrina de VINNIO sobre a percepção dos fructos do possuidor de boa fé vem condensada em duas breves mas substanciosas dissertações das suas *Selectæ juris quaestiones* (81). Na primeira dellas, o

(79) L. 24, § 4.º, Dig. Liv. IV, Tit. IV.

(80) L. 1, Dig. Liv. XXII, Tit. II; L. 18, § ult., Dig. Liv. XLIX, Tit. XIV; L. 32, Dig. Liv. IV, Tit. IV.

(81) VINNIO, *Select. jur. quæst.*, Liv. I, caps. XXV e XXVI.

conspicuo professor da Universidade de Leyde, considerado o primeiro romanista do seu tempo, e glorioso precursor de SAVIGNY, estuda — se o possuidor de boa fé adquire pela prescripção, todos os fructos, tanto os naturaes como os industriaes. Na segunda, se elle é obrigado a restituir os fructos percebidos ao dono reivindicante da cousa possuida.

Occupando-se do primeiro ponto, firma VINNIO o principio — que o possuidor de boa fé adquire os fructos que tiver percebido, e explica esse preceito por uma razão de equidade, uma justa compensação *pro cultura et cura* (82).

Ainda que este fundamento não possa, em rigor, applicar-se aos fructos naturaes, que são espontaneos, não obstante, VINNIO estende a estes o mesmo preceito, e basea tal conclusão em textos e grande copia de argumentos.

Elle requer, como tambem nós exigimos, seguindo a sua sabia licção, que para tal fim a posse de boa fé seja, outrosim, amparada por um titulo juridico.

Em relação ao segundo ponto, a saber — quaes os fructos que o possuidor tem de restituir ao dono reivindicante da cousa principal, diz VINNIO, em divergencia da opinião de varios glozadores, — que todos os *exstantes*, tanto os naturaes como os industriaes.

Assim resume o eminente jurisconsulto hollandez a sua doutrina sobre esse ponto: «*Sic ergò concludimus, bonæ fidei possessorem fructus omnes, quos percepit, tam industriales quam naturales non consumptos de-*

(82) VINNIO, obr. e lug. citados, reproduz o texto da Inst., § 35 Liv. II, Tit. I: «*Si quis a domino* (ha no texto, manifestamente um erro typographic: deve-se ler «*a NON domino*), *quem dominum esse credebat, bona, fide fundum emerit, vel ex donatione aliave qualibet justa causa æquè bona fide acceperit, naturali ratione placuit, fructus quos percepit, ejus esse pro cultura et cura.*»

bere restituire, quemadmodum e converso omnes consumptos tam naturales, quam industriales lucratur.»

Não deixou VINNIO de prever a objecção resultante da antinomia entre a *propriedade* do possuidor sobre os fructos os quaes elle pela percipção *statim suos facit*, e a sua *obrigação de os restituir*, quando *esxtantes*, ao dono da cousa principal que lhe mova acção de reivindicação.

Para resolvel-a, estabelece elle distincção entre dominio irrevogavel e dominio temporario e revogavel. Desta ultima natureza é a propriedade do possuidor de boa fé sobre os fructos subsistentes: «*Sed sciendum est, diz elle, geminam esse dominii acquisitionem, — unam perpetuam et citra voluntatem aut factum domini irrevocabilem; alteram, temporalem et revocabilem; ex causa superviniente, quæ dominii causam tollat. . .*» E VINNIO exemplifica: *jus mariti in re dotata, quod soluto matrimonio ab eo recedit; et heredes fiduciarii, quod cedente die fideicommissi in fideicommissarium transit.*» Apresenta elle mais um argumento de paridade e conclue: *Item hæredis in re sub condicione legata. . . Et tale quoque in proposito est jus bonæ fidei possessoris in perceptis necdum consumptis fructibus usque ad evictionem.*»

A razão fundamental é a seguinte:

O direito concedido ao possuidor de boa fé sobre os fructos da mesma tem como causa primordial a boa fé: «*causa hujus acquisitionis præcipua est bona fides*». Ora desde que na scena juridica se apresenta o verdadeiro dono e consegue demonstrar o seu direito, desfaz-se naturalmente a illusão do possuidor, que se considerava dono; e se elle persistir na posse da cousa, já não é possuidor *de boa fé*. Si isto se dá em relação á cousa principal, não differe a sua situa-

ção em relação aos fructos da mesma. Deve, portanto, entregal-os. Não haveria logica em se estender aos fructos consumidos esse preceito, porque não sómente haveria uma retroacção contraria aos principios geraes de direito, como, principalmente, não subsiste a mesma razão, que justifique identidade de disposição: pois aquelles fructos foram consumidos quando perdurava a boa fé de possuidor.

O «*interim*» da L. 48 princ. de PAULO, *Dig.* Liv. XLI, Tit. I, confirma este systema; porque o jurisconsulto romano caracteriza com aquelle adverbio a natureza revogavel da propriedade a que se refere, e quer exprimir que a simples *percepção* não dá uma propriedade definitiva sobre os fructos; por isso que, eventualmente, poderá ver-se o possuidor na contingencia de os restituir ao dono reivindicante da causa principal.

A doutrina de VINNIO fez escola.

Salvo algumas restricções e distincções meramente escolasticas, seguem-na HUBER (83), HEINECCIO (84), SCHNEIDEWIN (85), SCHILLING (86), MUHLEBRUCH (87),

(83) HUBER, *Prælectiones*, ed. 4.^a, Liv. II, Tit. I, n. 46, *De Fruct percept.*, tom. I, pag. 114 e seguintes.

(84) HEINECCIO, *Recitationes*, L.v, II, Tit. I, §§ 376 a 378.

(85) SCHNEIDEWIN, *Institutionum Imperialium commentarii*, etc., Liv. II, Tit. I, § 35, n. 5. Depois de reproduzir a doutrina corrente sobre a aquisição dos fructos pelo possuidor de boa fé e a obrigação deste de restituir os *exstantes* quando reivindicada pelo dono a cousa principal, adverte opportunamente esse jurisconsulto: «*Porrò ea quæ dicta sunt de bonæ fidei possessore, quod teneatur et fructus exstantes, restituere, intelligatis procedere—nisi sint ab eo præscripti, vel usucapti, ut quia eos per triennium bona fide possedit.*»

Outra observação, ainda procedente, mas que poderia ficar subentendida, por isso que depois da litiscontestaçào—não ha possuidor de boa fé: «*Deinde notabis, diz elle, quod bonæ fidei possessor regulariter tenetur ad fructus exstantes, ante scilicet litem contestatam perceptos; sed post litem contestatam, tenetur etiam ad consumptos et universos fructus naturales, industriales et civiles; quia tunc incipit esse malæ fidei possessor...*»

(86) SCHILLING, obr. e lug. citados.

(87) MUHLEBRUCH, obr. e lug. citados.

THIBAUT (88), MAREZOLL (89), WARKOENIG (90), VANGEROW (91), e, mais modernamente, MAKELDEY (92), DU CAURROY (93), ORTOLAN (94), DE FRESQUET (95), NAMUR (96), DEMANGEAT (97), ACCARIAS (98), VAN-WETTER (99), BRAVARD VAYRIÈRES (100), SERAFINI (101), RONGA (102) e outros.

PUCHTA (103), sectario da mesma doutrina jurídica, procura refutar a objecção que do texto de PAULO da L. 4.º, § 19, *Dig.* Liv. XLI, Tit. III, soem oppôr os que negam a *propriedade* do possuidor de boa fé sobre os fructos não consumidos.

Diz esse fragmento, que já analysamos, que o possuidor de boa fé que tenha comprado *a non domino*, não carece do auxilio da usucapião para adquirir a lã das ovelhas que elle tenha tosqueado, porque «*in fructu est, ne usucapi debet, sed statim emptoris fit*»; e o texto acrescenta: «*IDEM IN AGNIS DICENDUM, SI CONSUMPTI SINT; quod verum est.*»

E' engenhosa, mas não convincente, a argumentação de PUCHTA.

Diz elle que a addição—«*si consumpti sint*» exprime a idéa de que os cordeiros de um rebanho são fructos deste, e não podem ser considerados como

-
- (88) THIBAUT, obr. e lug. citados.
(89) MEREZOLL, obr. e lug. citados.
(90) WARKOENIG, obr. e lug. citados.
(91) VANGEROW, obr. e lug. citados.
(92) MAKELDEY, obr. e lug. citados.
(93) DU CAURROY, *Institutes de Justinien*, vol. I, ns. 380 a 389.
(94) ORTOLAN, obr. e lug. citados.
(95) DE FRESQUET, obr. e lug. citados.
(96) NAMUR, obr. e lug. citados.
(97) DEMANGEAT, *Cours de Droit Romain*.
(98) ACCARIAS, obr. e lug. citados.
(99) VAN-WETTER, obr. e lug. citados.
(100) BRAVARD-VEYRIÈRES, obr. e lug. citados.
(101) F. SERAFINI, *Instituzione di Diritto Romano*, Liv. II, § 72.
(102) GIOVANNI RONGA, *Diritto Romano*, pag. 258.
(103) PUCHTA, *Cursus der Institutionen*, Liv. II, § 242, not. 11.

separados senão a partir da sua separação do rebanho. Ora, esta separação faz-se habitualmente por alienação ou por consumo.

IHERING (104), cuja doutrina estudaremos, refuta victoriosamente esta explicação.

São ainda concordes com as conclusões de VINNIO dois outros eminentes romanistas francezes, BONJEAN (105) e PELLAT (106), embora pretendam ambos que a restrição relativa á propriedade sobre os fructos *non consumpti* seja consequente de alterações e interpolações nos textos da jurisprudencia classica (107).

(104) IHERING, *Questões de Direito Civil*, versão de Adherbal de Carvalho, pag. 184.

(105) BONJEAN, *Explication methodique des Institutes de Justinien*, comm. ao § 35, Inst., Liv. II, Tit. I.

(106) PELLAT, *Exposé des principes du Droit Romain sur la Propriété*, etc., 2.^a edic., pag. 305.

(107) PELLAT, obr. cit., pag. 306: «*J'ai dit que le possesseur garde pour lui les fruits qu'il a perçus de bonne foi avant la litiscontestation. Je crois fermement qu'il en était ainsi dans la jurisprudence classique (conforme en cela à notre code civil), et que l'obligation de restituer les fruits existants, c'est-à-dire non consommés, n'a été imposée au possesseur de bonne foi que par une jurisprudence postérieure, et probablement par des rescrits impériaux, notamment par un rescrit de Dioclétien et Maximien qui forme la L. 22, Cod., De rei vindicatione...*»

Nalgumas linhas adiante, prosegue o eminente professor: «*L'opinion commune, qui admet que le droit constaté par cette constitution était déjà celui des jurisconsultes Papinien, Paul, Ulpian, etc., se fonde sur quelques passages des Pandectes où on lit que le possesseur de bonne foi—FRUCTUS SUOS FACIT, SI CONSUMPTI SUNT, LUCRATUR FRUCTUS CONSUMPTOS.*

Mais il est facile de se convaincre que ce mot CONSUMPTI est une interpolation faite par les compilateurs byzantins, qui ont voulu mettre les textes qu'ils extrayaient des anciens jurisconsultes d'accord avec la jurisprudence du temps de Justinien. Il suffit pour cela de comparer ces passages avec ceux qui affirment sans restriction que le possesseur de bonne foi gagne les fruits, et de remarquer la singulière construction grammaticale que l'insertion du mot—CONSUMPTI donne ordinairement à la phrase, laquelle redevient très régulière par le retranchement de ce mot.»

No conceito de PELLAT, a palavra—*interim* (suos interim facit) da L. 48 pr., Dig. Liv. XLI, Tit. I, é outra interpolação do mesmo genero e devida á mesma razão; por isso que a idéa de uma propriedade temporaria e resolavel era estranha aos jurisconsultos romanos.

Assim tambem—a expressão—*penè* (*loco* PENE *domini*, em vez de—*loco domini*) do mesmo texto é ainda uma interpolação; por isso que n'outro lugar diz-se positivamente que o possuidor de boa fé tem, quanto aos fructos que percebe, *o mesmo direito que o dono*.

Se bem que varios outros romanistas naveguem nas mesmas aguas, não nos parecem sufficientemente comprovadas taes arguições; nem são necessarias taes hypotheses, para a mais satisfactoria explicação e intelligencia de todos os textos referentes a esta materia.

Não deixam de ser interessantes as razões a que attribue POTHIER (108) o direito do possuidor de boa fé aos fructos da cousa possuida e a sua obrigação de entregar os fructos não consumidos.

Quanto ao primeiro ponto, diz elle que a qualidade de possuidor de boa fé dá-lhe a posição de dono, e fal-o reputar como o verdadeiro proprietario, emquanto este não se apresenta e não comprova a sua propriedade; por isso, ao possuidor de boa fé são outorgados pela lei os mesmos direitos que ao dono: *bona fides tantundem possidenti præstat quantum veritas*, L. 136, *Dig. de Reg. jur.*, e consequentemente o direito de perceber em proveito seu os fructos da cousa possuida em boa fé, de consumil-os e de dispor delles como se fôra o verdadeiro dono.

Uma vez que taes direitos são fundados na posição de dono reconhecida ao possuidor de boa fé, é logico, segundo POTHIER, que verificado ser outro o verdadeiro dono, desapareça aquella qualidade ostensiva e, com ella, os direitos que lhe são inherentes. Entre estes direitos, perece tambem o de perceber os fructos, e o de conservar a propriedade dos fructos existentes. Torna-se assim resolúvel essa propriedade.

Francamente, não exerce sobre nosso espirito a minima attracção este systema de admittir tão gratuitamente tantas interpolações nos textos do direito romano!... Além disso, hypotheses essas totalmente escusadas, uma vez que a letra dos textos se explica e se justifica, como temos visto, de modo tão natural e tão logico.

(108) POTHIER, *Droit de domaine de propriété*, §§ 337 a 339.

Quando, porém, os fructos foram consumidos, lucra-os o possuidor; e a razão nol-a dá POTHIER nestes termos: «...*car le domaine de ces fruits s'éteignant en cecas avec eux ne peut plus être sujet à se résoudre, ce qui n'est plus, ne pouvant plus se résoudre: c'est pour cela qu'il a été dit ci-dessus que le possesseur de bonne foi n'était pas tenu des fruits qu'il a consommés avant le procès, pendant que sa bonne foi durait: BONÆ FIDEI POSSESSOR DE FRUCTIBUS CONSUMPTIS NON TENETUR.*»

Esta razão não é concludente, pois, como observa FERRY, o sabio interprete não deveria ignorar que não faltariam acções competentes, se se quizesse obrigar o possuidor de boa fé a restituir os fructos consumidos. Porque, por exemplo, não se concederia contra elle ao dono a *conditio sine causa*?

Além disso, basta lembrar que, em geral, os fructos são restituidos independentemente de acção especial, *ex officio judicis*. Rezulta, portanto, ao contrario do que pretende POTHIER, que a falta de um meio juridico para a reclamação—não é a causa da isenção que favorece ao possuidor da boa fé em relação á entrega ou pagamento dos fructos consumidos.

IX

FERRY, n'uma notavel dissertação inserta na *The mis*, (109), segue quanto ás conclusões á que chega e á hermeneutica, dos textos, systema absolutamente analogo ao que nós temos desenvolvido.

Os fundamentos philosophicos da sua doutrina são resumidamente os seguintes:

(109) THEMIS OU BIBLIOTHÈQUE DU JURISCONSULTE, revista publicada por BLONDEAU, PELLAT, WARKENIG e BIRNBAUM HOLTJUS, 1819-31, vol. X, pag. 530.

A *causa efficiente* de todo direito é a lei; a *cousa occasionaria*,—algum acto ou facto, que dá origem ao direito. Para conhecer a intelligencia e o alcance da lei, faz-se necessario indagar o *motivo* que determinou a sua disposição.

Na hypothese, — a causa occasionaria do direito sobre os fructos da coisa possuida, é *o facto* da posse com boa fé; esse direito, porém, *se mede* pela sua *causa efficiente*, que é a *lei*, ou a vontade do legislador. Que determinou, no espirito do legislador, a concessão desse direito de propriedade sobre os fructos ao possuidor de boa fé da coisa frugifera? Que consideração o moveu a essa anomalia, pois em rigor de direito—os fructos sempre deveriam pertencer ao *dono*, e jamais ao *possuidor*, da coisa principal?

Segundo FERRY, o motivo determinador desse preceito foi uma elevada consideração de equidade para com o possuidor de boa fé: a de não empobrecel-o, sendo elle de boa fé, a saber, a preocupação de não peiorar a condição delle.

Demos a palavra a FERRY:

« *Celui qui se croit propriétaire d'un fonds doit naturellement disposer des fruits comme si le fonds lui appartenait réellement. Si on oblige le possesseur de bonne foi à rendre au propriétaire qui se présente, la valeur de tous les fruits qu'il a recueillis et qu'il a probablement consommés; si on le force à rembourser cette valeur sur ses capitaux, sa bonne foi l'aura appauvri.— Cette position ne mérite-t-elle pas d'être prise en considération et n'est-il pas raisonnable de suspendre dans ce cas les effets de la propriété, pour donner à la possession de bonne foi la puissance de faire acquérir au possesseur la propriété des fruits? — Certes, le propriétaire du fonds perdra moins à rester privé des fruits,*

qu'il eût probablement consommés en augmentant sa dépense d'autant, s'ils les eût recueillis, que le possesseur de bonne foi, qui a probablement augmenté la sienne (QUI LAUXIUS VIXIT), ne perdrait à les rendre.»

Pois bem, no conceito do abalisado collaborador da *Themis*, foram estas respectivas posições, a do possuidor de boa fé e a do dono, que motivaram a modificação de que se tracta, nos effeitos normaes da propriedade. Consequentemente, elle reconhece na posse de boa fé — a *causa occasional* da aquisição dos fructos. As mesmas cousiderações, porém, dão-lhe a *medida* do direito concedido ao possuidor de boa fé. Propoz-se o legislador a evitar que elle perdesse; e nada mais. Si, portanto, existem ainda os fructos quando o proprietario se apresenta, o possuidor terá que lh'os entregar. Com isto elle não perde, apenas deixa de lucrar. E isto é logico, uma vez que, não tendo havido consumo, não pôde esse facto inexistente ter sido parà elle causa de empobrecimento. Assim, a mesma vontade (a do legislador) que tornou o possuidor dono dos fructos para livral-o d'uma situação precaria, priva-o dessa propriedade n'um caso diverso, em que não existe o mesmo perigo, nem, consequentemente, a mesma razão de equidade.

A este systema adaptam-se admiravelmente todos os textos, que temos examinado, das *Institutas*, do Digesto e do Codigo.

E, sinão, vejamos :

O possuidor de boa fé adquire os fructos *logo* que se separam da cousa possuida (*statim*, da L. 48, *Dig.* Liv. XLI, Tit. I; L. 48 § 6.º *Dig.*, Liv. XLVII Tit. II); mas como esse direito não existe senão pela dupla consideração da boa fé e do destino habitual dos fructos, elle deve ser provisorio e precario, como

as circumstancias que o originaram (*interim facit suos*, Lei 48 princ, *Dig.* Liv. XLI Tit. I); por isso, o possuidor não continuará a fazer seos os fructos senão enquanto perdurar a sua boa fé. Demais, quando não houver consumido os fructos, deverá entregal-os, porque tal restituição o não empobrecerá (§ 35, *Inst.*, Liv. II Tit. I).

Além das disposições, as proprias expressões empregadas nos textos do direito romano parecem justificar plenamente a doutrina de FERRY.

Alguns exemplos serão bastante para nol-o demonstrar :

Os jurisconsultos, tendo em consideração as vantagens concedidas ao possuidor de boa fé, comparavam-n'o algumas vezes ao proprietario *loco domini est*, disse PAULO) (110); não, porém, de modo absoluto, pois o character precario desse direito, isto é, a cessação eventual da propriedade sobre os fructos, fêl-os limitarem aquella assimilação (PENE *loco domini est* (111). Entretanto, como elle é proprietario desses fructos, não de modo provisorio nem sob condição resolutoria, mas de modo pleno e inteiro, *pleno jure* diz GAIO, (112) elle os poderá consumir, e uma vez consumidos, não será obrigado a restituil-os «...*de fructibus ab eo consumptis agere* (dominus fundi) *non potest*,» dizem as *Institutas* (113); e isto por uma boa razão, a saber, —porquê o dono do predio não foi jamais dono dos fructos: nem quando elles foram percebidos (por isso que então a sua propriedade estava suspensa), nem quando cessou esta suspensão (porquê já então não existiam mais os fructos).

(110) L. 48 cit., princ., *Dig.* Liv. XLI, Tit. I, de PAULO.

(111) IDEM, *ibidem*.

(112) L. 28, *Dig.* Liv. XXII, Tit. I.

(113) § 35 cit. *Inst.* Liv. II Tti.

O possuidor de boa fé não necessita, pois, *usucapir* os fructos para os adquirir «...*quoniam*, diz PAULO, *in fructu est, nec usucapi debet, sed statim emptoris fit*» (114). Elles lhe pertencem logo que percebidos (L. 48 cit. *Dig.* L. XLI Tit. I.

Em rigor, o possuidor de boa fé não tem que usucapir os fructos; entretanto, a usucapião lhe pode ser proveitosa (arg. da L. 12 § 8.º *Dig.*, Liv. XLIX Tit. XV).

Esta apparente opposição dos textos do § 35, *Inst.* Liv. II, Tit. I e L. 12, § 8.º do *Dig.* Liv XLIX, Tit. XV explica-se assim:

O possuidor de boa fé não tem que usucapir os fructos, porque é dono delles; mas como, eventualmente, pôde ser obrigado a restituil-os se, não consumidos, se apresenta a reclamal-os com a cousa principal o dono desta: então,—para que o possuidor não fique perpetuamente na dependencia dessa obrigação eventual, poderá prevalecer-se, em relação aos fructos *exstantes*, da usucapião, de que pôde tambem socorrer-se para adquirir a cousa frugifera.

Porque ficaria elle, em relação aos fructos existentes, em posição inferior á que o direito lhe dá em relação á cousa principal? Seria illogico o legislador, se assim preceituasse!

Temos dicto *quantum satis* para tornar conhecido em seus lineamentos geraes o systema de FERRY, analogo ao nosso quanto ás conclusões. O eximio juris-

(114) L. 4, § 19, *Dig.* Liv. XLI, Tit. II. O mencionado FERRY invoca igualmente em sustentação do seu systema e para demonstrar que, em rigor, o possuidor de boa fe não pôde usucapir os fructos, a L. 12, § 8.º de TRYP, TONINO, *Dig.* Liv. XLIX, Tit. XV.

Deste ponto tractamos adiante, (secç. X) a proposito da doutrina de SAVIGNY sobre a *fructuum perceptio* e das contestações que elle suscita.

consulto fundamenta em solidos argumentos a sua doutrina e conclue nestes termos a sua substanciosa dissertação:

«*Je ne sais pas si j'ai rencontré juste, mais assurément il serait difficile d'imaginer un système dans lequel chacune des lois romaines trouve plus naturellement sa place.*»

X

Adopta SAVIGNY (115), como já vimos, um systema original sobre a *fructuum perceptio*.

Seguida por alguns romanistas modernos, por muitos outros combattida, não póde a sua doutrina deixar de ser estudada, não somente porquê ella se desvia do trilho commum, como sobre tudo em razão da autoridade magistral do grande jurisconsulto.

Segundo SAVIGNY, o possuidor de boa fé não adquire *propriedade* sobre os fructos da cousa possuida, senão em virtude da usucapião. A *percepção* delles, ou a sua simples *separação* dá ao possuidor apenas a *posse* sobre os fructos, uma posse distincta da que elle tinha sobre a cousa frugifera. Tanto não tem *propriedade* o possuidor, que *é obrigado* a restituir os fructos *ao dono* reivindicante. Se, porém, elle houver *consumido* os fructos, então, por uma razão de equidade, isenta-o a lei da *obrigação* de restituir o respectivo valor. Esta isenção não resulta de uma *propriedade* que elle tenha sobre os fructos, mesmo porquê mal se comprehenderia tal propriedade sem objecto; pois que, sobre fructos *consumidos*, ella começaria a existir quando elles já *non exstantes*!

(115) SAVIGNY, *La Possession en Droit Romain*, versão de Staedtler, § 22 a, n. III, not.

Essa doutrina, concebida *a priori*, SAVIGNY accomoda-a com grande talento aos textos da legislação romana. As expressões «*loco domini penè est*», «*id juris quod ad dominum tributum est*», e «*interim suos facit*» referem-se á posição jurídica e aos direitos do *possuidor* de boa fé. Nenhum embaraço lhe causam os textos «*EJUS FIUNT fructus*» e «*fructus consumptos SUOS FACIT*», nos quaes impropriamente se tem enxergado aquisição de propriedade, quando, para SAVIGNY, taes palavras alludem ao *direito pessoal*, outhorgado ao possuidor, de não pagar os fructos consumidos, ou, antes, á isenção da obrigação de os restituir *ao dono* reivindicante.

MAYNZ (116) não está de accordo com este sistema, nem tão pouco com a doutrina que dá um character precario e resolúvel á propriedade do possuidor sobre os fructos não consumidos.

Diz elle que nenhuma contradicção existe entre esta *propriedade* e a *obrigação* de entregar os fructos *exstantes*. Póde accontecer muito bem que tenha a gente propriedade sobre uma cousa e seja, ao mesmo tempo, obrigado a dal-a a terceiro. Assim, exemplifica o eximio professor de Liege, o vendedor conserva a sua *propriedade* sobre o objecto vendido, enquanto não realisa a tradição d'elle ao comprador; mas não deixa, por isso, de ser obrigado a entregal-o a este. O marido é proprietario dos bens dotaes e, não obstante, tem regularmente a obrigação de restituil-os, depois da dissolução do casamento. Quem recebe uma cousa que lhe não é devida está obrigado a restituil-a, ainda que, recebendo-a, tenha elle adquerido a propriedade della. Do mesmo modo, argumenta MAYNZ por analogia,—o possuidor de boa fé é obrigado a

(116) MAYNZ, *Cours de Droit Romain*, 5.^e ed., § 108.

restituir os fructos que ainda existem em seo poder, mas não deixa de ser verdade que elle—é *dono* delles, até o momento em que se opera tal restituição. E tanto assim é que elle tem o direito de dispôr a seu bel prazer desses fructos, e se os tiver alienado, o dono da cousa principal não poderá reivindicar-os nas mãos dos terceiros adquirentes. «*Il est donc certain, conclue MAYNZ, que le possesseur de bonne foi acquiert la propriété des fruits de la chose qu'il possède, et que cette propriété ne reçoit aucune atteinte ni restriction par l'obligation personnelle de restituer les fruits encore existants, au cas que le propriétaire revendique la chose*».

Este systema, ainda que susceptivel de critica, tem a incontestavel vantagem de conciliar as expressões dos textos da legislação romana com os principios geraes do direito de propriedade e a natureza das obrigações.

Referindo-se á doutrina professada por SAVIGNY, diz MAYNZ (117): «*D'après lui, le possesseur de bonne foi est également possesseur des fruits, et en cette qualité il peut les usucaper, comme il peut usucaper le fonds. Mais comme les fruits séparés sont des choses mobilières, et les fruits séparés sont des choses mobilières, il les acquerra par le court délai de trois ans, tandisqu'il lui faut dix ou vingt ans pour le fonds même. Ce système est conforme aux principes généraux; mais, pas plus que la théorie vulgaire, il ne saurait être concilié avec les textes que nous avons cités*» (118).

(117) MAYNZ, obr. e ed. citadas, § 108, not. 7 á pag. 737.

(118) Os textos aos quaes se refere MAYNZ são os do § 35, Inst., Liv. II, Tit. I; § 2.º, Inst., Liv. IV, Tit. 17; Liv. 25, §§ 1.º e 2.º e L. 28 pr., Dig. Liv. XXII, Tit. I; L. 48, Dig. Liv. XLI, Tit. I; L. 48, § 6.º, Dig. Liv. XLVII, Tit. II; L. 13, Dig. Liv. VII, Tit. IV, e L. 4, § 19, Dig. Liv. XLI, Tit. III.

Tambem por IHERING foi combatida, e com vigorosa argumentação, a doutrina de SAVIGNY (119). «Ha, diz elle, duas opiniões oppostas acerca dos direitos do *bonæ fidei possessor* sobre os *fructos* que recebeu: a de SAVIGNY, seguida, entre outros autores recentes, por WINDSCHEID e GOPPERT (120) e segundo a qual o possuidor de boa fé não tem sobre os fructos senão a *bonæ fidei possessio*; e a opinião geralmente acceita (121), segundo a qual elle obtém a sua propriedade. Admitte-se, não obstante, que, se o proprietario reivindica em tempo opportuno, isto é, antes da usucapião, a perda ou alienação da cousa principal, o possuidor de boa fé, obrigado á *omnis causa*, póde ser constrangido a ceder a propriedade dos fructos ao autor.

Pelo que me diz respeito, professei sempre com plena convicção esta segunda opinião, e nunca pude comprehender como, diante de tantos textos evidentes das nossas fontes, se pudesse defender a opinião contraria. Adhiro em absoluto, neste ponto, á opinião de BOKING (122), que considera esta ultima como *completamente afastada, tanto do Direito Romano, como do nosso direito moderno.*»

Em seguida, procede o illustre professor da Universidade de Goettingen a um aprofundado estudo critico do texto da L. 4, § 19, de PAULO, Dig. Liv. XLI Tit. III, e se esforça por demonstrar, com rara erudição, que esse texto está errado em sua parte final, e que isto se evidencia não sómente por elle

(119) IHERING, obr. cit., P. III, secção III.

(120) Citação de IHERING: «SAVIGNY, *Tractado da Posse*, § 22; WINDSCHEID, *Zeitsch. f. Civilu. u. Process Neue Folge*, IV, 3, *Pandekten*, § 186; GOPPERT, *Ueber die Organischen Erzeugnisse*, 1869, pag. 320 e seguintes.»

(121) Citação de IHERING: «KELLER, *Pandecten*, § 143, foi quem mais claramente a expoz e que melhor a defendeu.»

(122) BOKING, *Pandekten*, § 151, not. 1ª.

conter uma contradicção intrinseca, dispondo diversamente para casos analogos, como tambem da propria redacção; pois elle assim termina: «*quod verum est*», como se o proprio jurisconsulto PAULO se estivesse applaudindo a si mesmo. Isto demonstra, pondera IHERING, que o texto foi additado, que houve nelle collaboração talvez dos compiladores da legislação justiniana:

Esse estudo, que por muito desenvolvido não podemos reproduzir, nem mesmo resumidamente, neste trabalho, foi determinado pelo facto de ser o texto em questão o mais serio argumento, o unico mesmo de algum valor, da doutrina SAVIGNYANA.

Nesta investigação exegetica, especialmente na interpretação dada por IHERING ao texto latino, são convincentes as suas conclusões. Não menos concludente a impugnação opposta ao systema do seu emulo glorioso. O mesmo, porém, não diremos a respeito da sua argumentação tendente a fundamentar a doutrina que elle preconisa sobre a propriedade do possuidor de boa fé sobre os fructos *exstantes*.

Para chegar a uma demonstração mais evidente, figura IHERING o caso de uma tentativa de reivindicacção dos fructos independentemente de reivindicacção da cousa principal. Opina elle que ao dono da cousa frugifera não assiste esse direito, porque nunca teve a propriedade dos fructos. Esta reivindicacção não se póde allegar senão como pedido accessorio da reivindicacção da cousa principal.

Tão anomala doutrina, que pretende encontrar base em frageis argumentos deduzidos *a contrario sensu* de algumas fontes legaes, acarretaria as mais iniquas e anti-juricas consequencias. Assim, por exemplo, no caso de denegação dos fructos existentes por occasião da reivindicacção da cousa principal, não poderia posteriormente o dono reclamar-os, visto não haver, por

este systema, acção de reivindicação dos fructos separadamente (123).

E não se reivindicam os fructos, mesmo os consumidos, do possuidor de má fé?!

Além destas considerações de ordem geral, ha varios textos expressos em contrario á extranha opinião de IHERING (124).

Sobre esta importante controversia pôde ser consultado com muito proveito o excellente trabalho do DR. LACERDA DE ALMEIDA, que abrilhanta as paginas da *Revista da Faculdade Livre de Direito do Rio de Janeiro* (125).

Neste estudo, digno, a todos os respeitos, do autor das *Obrigações*, o insigne civilista brasileiro faz uma conscienciosa critica das theorias de SAVIGNY e de IHERING sobre a *fructuum perceptio*.

Com poucas restricções, que adiante mencionaremos, quanto á doutrina do autor, mas de pleno acôrdo com as suas observações sobre a formação e a ultima phase do direito romano em relação a este ponto juridico, registramos com applauso as suas conclusões. Diz o distincto collega:

«Resta-nos expor a nossa opinião sobre a natureza desse direito do *b. f. p.* e de sua construcção juridica, declarando-nos desde já em desaccôrdo nos pontos essenciaes com a theoria de MAREZOLL, seguida por elle e adoptada em particular por SINTENIS.

Seja qual fôr a natureza desse direito, qualquer que seja a denominação delle, o que fica fóra de duvida é que a boa fé no possuidor é indispensavel para

(123) Ls. 129, § 1.º e 179 Dig. Liv. L. Tit. XVII; Ls. 13 e 26, pr., Cod. Liv. IV, Tit. XXXII; e L. 4, Cod. Liv. IV, Tit. XXXIV.

(124) L. 3, Cod. Liv. IV, Tit. IX; Ls. 8 e 43, Dig. Liv. XXI, Tit. II.

(125) LACERDA DE ALMEIDA, *Revista da Faculdade Livre de Direito do Rio de Janeiro*, vol. I, de 1899, pags. 40 a 54.

assegural-o e justifical-o. E' por isso que o *b. f. p.* não está sujeito á restituição dos fructos consumidos, ao contrario do possuidor de má fé, que os restitúe, ou, o que vale o mesmo,—quantia igual, a importancia delles. E' a boa fé questão de facto, que deve existir em todos os momentos, que desaparece com a litis-contestação, que póde desaparecer por outras circumstancias, trazendo a litiscontestação, ou outra circumstancia qualquer, a consciencia de ser alheia a cousa: o que explica e justifica a restituição dos fructos estantes. Estes são restituídos, não porque uma obrigação resultante da contestação ou uma razão qualquer de processo impõe essa restituição (deste modo só com a cousa principal seriam restituídos), mas por uma razão mais forte, por um principio mais alto: e é que a boa fé do possuidor perdeu-se, e com ella o direito aos fructos. Por isso chamam os textos *interina, provisoria* a propriedade do *b. f. p.* no sentido de estar exposta a essa resolução. É tambem por isso, porque a má fé superveniente inutilisa a aquisição do p. de b. f., que os textos exigem a boa fé *in singula momenta*. Que importa que para a usucapião só se exija a boa fé no começo? O direito entendeu ser isso bastante, e haver perigo na interrupção da usucapião começada, si o facto de conhecer o usucapiente o direito alheio o viesse embaraçar; não assim na aquisição dos fructos que assenta na propriedade, que só compete á propriedade, á convicção, á presumpção pelo menos de que se é dono da cousa. Por isso o jurisconsulto PAULO diz que a usucapião é—de direito, e a aquisição de fructos—de facto, tanto assim que o possuidor, que não usucape por vicio *rei furtivæ*, adquire os fructos quando de boa fé. Veja-se a L, 48, § 1.º, Dig. *de adquir. rer. dom.*

O direito do *b. f. p.* aos fructos (ao menos é o que parece rezultar dos textos) não ficou inteiramente

definido, não chegou a um periodo de formação completa e perfeita como outros institutos de Direito: é assumpto que está incompleto e, portanto, deixando vêr aqui e alli o trabalho de differentes escolas, a superstructura de differentes obreiros. Por isso mesmo que ficou no indefinido, no imperfeito das construcções incompletas, uma cousa deve ser licita: tomal-a como um instituto da feição e perfeição do dominio, e tirar desse direito todas as consequencias do de dominio.

E' para mim o defeito da theoria iheringiana: o absoluto da these por ella affirmada leva a injustiças, a consequencias que repugnam ao juizo do direito romano cujos textos chega a torcer e molgar ao pressupposto da propriedade absoluta, do dominio perfeito do *b. f. p.* sobre os fructos.

Ha todavia entre o meu modo de ver e o de MAREZOLL, que sigo, o seguinte: que MAREZOLL com a sua propriedade de caracter provisorio (*interimistische Eigenthum*) admite a possibilidade de aquisição dos fructos por usucapião, ao passo que eu com SELL (126) não vejo texto algum que o autorise, a menos, que não admittamos por completo a theoria savignyana, na qual por esse plano inclinado vai cair o illustre romanista (127).

Penso que o methodo a seguir nesta intrincada e perigosa questão é o methodo historico, o processo é incontestavelmente o de DERNBURG.

Os textos que apoiam a theoria de SAVIGNY são todos de jurisconsultos do tempo de AUGUSTO ou melhor, dos primeiros tempos do Imperio; a relação juridica foi evoluendo, modificando-se no sentido de

(126) Citação de LACERDA DE ALMEIDA: «SELL, *Dinglich Rechte*, pag. 74, not.

(127) Neste ponto, como adiante explicamos, divergimos do nosso illustrado collega da Faculdade Livre de Direito do Rio de Janeiro.

aproximar-se do dominio; d'ahi as expressões—*idem ius quod domino tributum est*, L. 25, § 1.º, Dig., de *Reiv.*;—*loco domini penè est*, L. 48, Dig. *Acquir. rer. dom.* e outros equivalentes que denotam tendencia; mas esta tendencia do direito nunca, a meu ver, chegou a um estado definitivo, transformando-se no dominio com todas as suas regalias e em toda a sua extensão.

Ha muitos direitos formados de retalhos de outros direitos, construcções imperfeitas, levantadas aos poucos á medida e á feição das necessidades do momento, como esses edificios que não obedecem a um plano geral. Será uma propriedade *bonitaria*? Será uma propriedade *interina*? Será *condicionada*? Pode ser tudo isto, mas é, principalmente, dependente da boa fé; a má fé, em qualquer tempo, a destróe e annulla, ficando salva apenas, na parte em que não podia deixar de ficar, por isso justamente que a não alcançou a má fé superveniente—a propriedade dos fructos consumidos, porque, consumidos em boa fé, e, portanto, isentos de restituição, só por esse motivo.

Este era o ultimo estado do direito, attestam-no as constituições imperiaes de GORDIANO, DIOCLECIANO e MAXIMINIANO, L. 4, Cod. *de Crim. expill. hered*, Liv. IX, Tit. XXXII, e L. 3, Cod. *de Cond. ex lege*, Liv. IV Tit. IX.»

Foi longa a transcrição, mas, como se vê, valeu a pena, pelos conceituosos reparos que ella contem, e como justa homenagem ao nosso erudito collega, que tão bem apprehendeu e lucidamente expoz o verdadeiro character do direito anomalo do possuidor de boa fé sobre os fructos da cousa possuida.

O ponto em que divergimos da sua doutrina é o referente á acquisição dos fructos pela usucapião.

Entende o DR. LACERDA DE ALMELDA, em opposição á doutrina de MAREZOLL e de SAVIGNY, que esse

meio de aquisição dos fructos pelo possuidor de boa fé—é impossivel; por isso que «não ha texto algum que o autorise.»

Para nós, este argumento é inconcludente.

Em primeiro lugar, não é necessario, para que tenham applicação ás hypotheses, principios geraes de direito, que se encontre nas fontes legaes autorisação *in specie*. Ora, a usucapião é um modo de direito civil de adquerir o dominio *a)* das cousas corporeas, *b)* por effeito da posse *c)* de boa fé e *d)* justo titulo, *e)* decorrido um prazo legal. Qual desses elementos é incompativel com a hypothese da *fructuum perceptio* ?

Dir-se-nos-á:—o elemento *posse*. Se o possuidor de boa fé faz seus os fructos—*statim*, isto é logo que os *percebe* ou elles se separam da cousa frugifera: como é que o possuidor ha de adquerir pela usucapião aquillo que é *já* propriedade sua?!

Essa, effectivamente é a objecção que occorre; e não procuramos dissimular a gravidade della. Entretanto, ao que já expusemos noutras secções deste mesmo estudo, accrescentaremos agora que: embora o possuidor de boa fé adquira os fructos logo que separados da cousa principal, com tudo está elle na contingencia de restituir os *exstantes*. Pois bem, perguntamos nós com FERRY:—fôra justo que elle ficasse perpetuamente exposto a ser privado desses fructos, elle que, se não se tivesse tornado dono immediatamente, tel-o-ia ficado de modo definitivo pela usucapião? Não seria isto fazer voltar contra o possuidor o que foi estabelecido para favorecel-o? E poderá elle, decorrido certo prazo, tornar-se proprietario absoluto da cousa principal, e não ter jamais *egual direito* sobre os fructos, quando em relação a estes os seus titulos são mais juridicos e a sua posição, a outros respeitos,

mais favorecida?! *Os efeitos particulares* da posse de boa fé quanto aos fructos não devem, portanto, constituir obstaculo aos *efeitos ordinarios* da mesma posse.

E' certo que ninguem adquire por usucapião aquillo de que já é dono. Entretanto, no caso vertente, deve ser admittido esse effeito juridico para o fim de prescrever a eventualidade da cessação da propriedade. Não será, se o quizerem, em rigor, uma *usucapião*; mas uma *quasi-usucapio*, de que ha mais de um exemplo nas fontes do direito romano (129).

Não obsta á nossa doutrina o «*nec usucapi debet*» da L. 4 § 10 Dig. Liv. XII Tit. III que allude exactamente á propriedade immediata, posto que resolvel, do possuidor sobre os fructos. Este para a sua propriedade immediata não necessita da usucapião, mas sim para a sua defeza futura. «*A raison de la perte accidentelle qui peut survenir, diz FERRY, il a besoin d'être consideré comme s'il avait usucapé les fruits (QUASI USUCEPISSET) lorsqu'il ne les a pas consommés; et sous ce rapport, il n'est dispensé de l'usucapion que par la consommation; ainsi s'explique la fin du §: «item in agnis, SI CONSUMPTI SUNT».*

Em segundo lugar, ha textos expressos consignando a aquisição de fructos pela usucapião (130).

E' curioso que o DR. LACERDA DE ALMEIDA conteste essa doutrina. «Não vejo texto algum que a auto-

(128) FERRY, Dissert. cit. na *Themis*, vol. IX, *ibi*, pag. 541.

(129) L. 12, § 8.º, Dig. Liv. XLIX, Tit. XV.

(130) L. 4, § 5.º, Dig. Liv. XLI, Tit. III: «*Fructus et partus ancillarum et fetus pecorum, si defuncti non fuerunt, USUCAPI POSSUNT*»; L. 48, § 5.º, Dig. Liv. XLVII: «*Ancilla, si subripiatur prægnans, vel apud furem concepit: partus furtivus est, . . . sed, si concepit apud bonæ fidei possessorem, ibique peperit, eveniet ut partus furtivus non sit, verum etiam USUCAPI POSSIT. Idem et in pecudibus servandum est, et in fetu eorum, quod in partu*»;

L. 2, Dig. Liv. XLI, Tit. X, seg. per.: «*. . . Item quæ ex rebus alieno nomine possessis NATA possidemus, veluti partum hereditariæ, aut emptæ ancillæ, PRO NOSTRO POSSIDEMUS. Similiter FRUCTUS rei emptæ, aut donatæ, aut quæ in hereditate inventa est.*»

rise», diz elle á pag. 53, quando elle mesmo, justificando ou, ao menos, excusando o systema de SAVIGNY, indica nada menos de tres textos, *cujas disposições reproduz*, reconhecendo a usucapição como meio legal para a acquisição de fructos pelo possuidor de boa fé.

A doutrina que temos exposto é a unica susceptivel de conciliar esses fragmentos com o systema geral do direito romano sobre a materia dos fructos.

XI

Uma erudita dissertação dada á publicidade no *Archivo Giuridico*, pelo provector jurisconsulto CARLO ANDREANI tracta aprofundadamente da mesma these juridica de que nos occupamos (131).

Eis como o illustre autor expõe inicialmente a primeira questão que desinvolve, a saber—a natureza do direito do possuidor de boa fé sobre os fructos:

«Qual diritto adunque spetta al BONÆ FIDEI POSSESSOR sui frutti? Sulla natura di questo diritto si sono manifestate le più disparate opinioni. Due di esse però tengono specialmente il campo, e le altre non ne sono che modificazioni.

La opinione dominante attribuisce al BONÆ FIDEI POSSESSOR un vero e proprio dominio sui frutti, non vi sia diversità di veduta in ordine alla durata e alla revocabilità di questo diritto, alla restituzione dei FRUCTUS ESTANTES, alla BONA FIDES come, a suo tempo, avremo agio de vedere. E così la pensano BAKE (132), PUCHTA (133),

(131) CARLO ANDREANI, *Il diritto del bonæ fidei possessor sui frutti*, artigos insertos nos vols. 40, 41 e 42 do *Archivo Giuridico*. Piza, 1888.

(132) Citação esta, assim como as seguintes, até not. 152, de ANDREANI: «BAKE, *Bonæ fidei possessor quemadmodum fructus suos facit* (Berolini, 1825)».

(133) PUCHTA, *Instituzioni*, trad. del TURCHIARULO, 1.^a ed., vol. I, § 240, pags. 152-153.

VANGEROW (134), FITTING (135), IHERING (136), HUSCHKE (137), KELLER (138), KOPPEN (139), RUGGIERI (140), PADDA (141), ALIBRANDI (142), TARTUFARI (143), ARNDTS (144), BRINZ (145), SCHEURL (146), DE CRESCENZIO (147), DOVERI (148), ROSSI (149) etc.

Secondo un'altra opinione il BONÆ FIDEI POSSESSOR ha, sui frutti, lo stesso diritto che gli compete sulla cosa principale; una BONÆ FIDEI POSSESSIO. Egli ha il vantaggio di potere usucapirli in breve tempo (tre anni), e di non dover render conto di quelli consumati. La base fondamentale di questa opinione si è che il diritto che si ha sul tutto non cangia natura pel fatto che questo è diviso in parti: e il frutto si considera parte della cosa producente. Questo modo di vedere del SAVIGNY (150), è accettato dal SERAFINI (151), dal GOPPERT (152), e da vari altri. Anche il WENDSCHELD vi aderisce, ma con qualche riserva sulla motivazione».

- (134) VANGEROW, *Pandekten*, § 326.
(135) FITTING, *Archiv. für civ. Praxis*, LII, pag. 276-269, n. 185.
(136) IHERING, *Jahrbücher für die Dogm. des heut. romanischen u. deutschen Privatrechts*, XII, pags. 314-333 (1873).
(137) HUSCHKE, *Tübinger Kritische Zeitschrift*, tom. II (1827).
(138) KELLER, *Pand.*, § 143, pag. 275 (1861).
(139) KÖPPEN, *Der Fruchterwerb des b. p. f.* Ieana (1872).
(140) RUGGIERI, *Il possesso*, vol. I, § 353 e segs.
(141) FADDA, *Lezioni sulla proprietà e i suoi modi di acquisto* (1882-3), pag. 250-15.
(142) ALIBRANDI, *Teoria del possesso secondo il Diritto Romano* (Roma, 1871).
(143) TARTUFARI, *Del possesso qual titolo di diritto* (Torino, 1878).
(144) ARNDTS, *Pandette*, prima vers. di F. SERAFINI, vol. I, ediz. 2.^a, Bologna, 1874, § 156.
(145) BRINZ, *Pand.*, vol. I, § 145, pags. 548 e segs.
(146) SCHEURL, *Beiträge zur Bearbeitung*, etc., tom. I, pags. 280 e segs.
(147) DE CRESCENZIO, *Sistema del diritto civile romano*, Ed. 2.^a, vol. I, pag. 457-61. Napol., 1869.
(148) DOVERI, *Instit. di dir. rom.* Ed. 2.^a Firenze, 1866, vol. I, pags. 536-39).
(149) ROSSI, *Il diritto del possessor di b. f. sui frutti*, Siena, 1883.
(150) SAVIGNY, *Recht. des Besitzes*, § 22 a.
(151) SERAFINI, *Instit. di Dir. Rom.* 3.^a ediz. Firenze, 1881, § 72.
(152) GÖPPERT, *Ueber di organischen Erzeugnissen*, pags. 320-370, (Halle, 1879).

Passando, em seguida, ao desinvolvimento do seu vasto plano de exame e de investigação, começa ANDREANI por um magnifico resumo das doutrinas dos diversos romanistas classificando-os segundo as suas opiniões, e subdividindo-os segundo os differentes matizes das mesmas.

Na primeira classe colloca elle os autores para os quaes o possuidor de boa fé tem a propriedade sobre todos os fructos ou sobre parte delles; na segunda os que professam que esse direito não é mais que uma BONÆ FIDEI POSSESSIO sobre os fructos, com vantagem de os poder usucapir, e de não ter que restituir ao dono reivindicante da *res*—os fructos *consumpti*.

Esta theoria é a ensinada por SAVIGNY, seguida por ECKENBERG (154), HUFELAND (155), TIGESTROM (156), WINDSCHEID, GOPPERT, BRINI (157) e outros.

A primeira classe abrange tres cathogorias de opiniões, segundo a classificação de ANDREANI, que fielmente as resumiu, a saber:

a) Admitte-se que o *bonæ fidei possessor* tenha propriedade plena, *quiritaria* sobre os fructos ou parte delles, com diversidade de vistas.

b) Convem-se que elle tenha sobre os fructos a propriedade *bonitaria*, segundo o direito classico, ao passo que no direito justiniano teria ficado em vigôr

(153) WINDSCHEID, *Zeitschrift für Civilrecht und Prozess*. «Ueber das Recht des redlichen Besitzers and den Früchten» v. IV, pag. 137, *Pand.* § 186, pags. 593-598 (Ediz. 5.ª, Stuttgart, 1879).

(154) ECKENBERG, *Dissertatio inauguralis*, Lepsik, 1821.

(155) HUFELAND, *Lehrbuch des gemeinen Civilrechts*, § 731.

(156) TIGERSTRÖM, *Die b. f. possessio, oder das Recht des Besitzers* (Berlim, 1838).

(157) BRINI citado por ANDREANI, na mencionada dissertação. V. *Archivo Giuridico*, vol. 41, pag. 484, n'uma nota (13) encomiastica ao emerito cathedratico da Universidade de Macerata, a cujas sabias preleções do anno de 1884-85, ANDREANI faz referencia.

o antigo direito só em relação aos fructos agricolas, e aos fructos dos animaes; á medida que JUSTINIANO, alterando o direito antigo, teria attribuido ao b. f. p. o pleno e irrevogavel dominio. Tal opinião foi sustentada por JANKE (158).

c) affirma-se que elle tem a propriedade utilitaria. Assim pensa BRINZ (159). Esta opinião pouco se distancia da precedente. Para BRINZ a *bonæ fidei possessio* outra cousa não é senão uma especie de *in bonis habere* (160).

As doutrinas que enxergam uma *propriedade quiritaria* no direito do *bonæ fidei possessor* sobre os fructos podem ser assim subdivididas :

I) A que distingue os fructos *naturaes* dos *industriaes*, para o fim de reconhecer ao b. f. p. *propriedade* sobre estes, e *posse de boa fé* sobre os primeiros (161).

II) A que discrimina o possuidor com *justo titulo* do possuidor *sem titulo juridico*; e ao primeiro attribúe *todos os fructos*, á medida que ao segundo *soamente os industriaes* (162).

III) A que distingue o *bonæ fidei possessor* que recebeu a cousa a titulo oneroso daquelle que a teve a titulo

(158) IANKE, *Das Fruchtrecht des redlichen Besitzers und Pfandgläubigers*. (Erlangen, 1862).

(159) BRINZ, *Pand.*, vol. I, § 145, pags. 548 e seguintes.

(160) Essa opinião era já professada, desde muito, por GALVANUS, NOGDT, COCCEIO e outros.

(161) Theoria sustentada pelos GLOZADORES, seguida por muito tempo, sem impregnação alguma, até o seculo XVI e depois leccionada por BALDUINO, CUJACCIO, DONELLUS, GIPHANIUS, HUBERO, GENTILIS, etc., e restaurada em nossos tempos (1825), por UNTERHOLZNER.

(162) Seguem esta doutrina, que tambem sustentamos, além dos juriconsultos mencionados na secção VI desta dissertação, BARTOLO, WESEMBECCIO, COCCEIO, VOECIO, NOODT, SCHULTING, GESTERDING, VANGEROW, MACHELARD e outros.

gratuito ; adquire o primeiro todos os fructos, o outro os fructos industriaes tão somente (163).

IV) A que sustenta que o *bonæ fidei possessor* tem uma propriedade *interina*, a qual perdura tanto quanto a sua boa fé, ou emquanto a cousa principal não seja reivindicada; propriedade *revogavel* que para se tornar irrevogavel necessita da usucapião (164).

V) A que, fundando-se na formação historica do direito, pretende que, ao tempo da jurisprudencia classica, o possuidor de boa fé adquerira propriedade sobre os fructos, sem obrigação de restituir os *exstantes*; mas posteriormente, por occasião da compilação de JUSTINIANO, prevaleceo essa obrigação (165).

VI) O possuidor de boa fé adquire a plena propriedade irrevogavel, no direito classico—com a *separação*; no direito justiniano, com a *consumatio* (166).

VII) O possuidor de boa fé adquire a propriedade plena com a obrigação, porém, de restituir os fructos *exstantes*, em virtude de uma acção pessoal, a *conditio sine causa*, concedida ao proprietario, no direito classico; como um complemento da sentença de reivindicacção da cousa principal, no direito justiniano (167).

VIII) O *bonæ fidei possessor* adquire a plena pro dos fructos sem distincção, tanto no direito classico,

(163) Systema sustentado por PACIUS, IANUS A. COSTA, VITALLIS, GENTILIS, COSTALIUS e outros.

(164) Theoria de MAREZOLL, SINTENIS, SELL, WESTPHAL, GLÜCH, KOCHY, MALBLANK, GESTERDING, THIBAUT, MAKELDEY, MOLITOR, e já seguida por muitos dos antigos commentadores, entre os quaes VINNIO, HOTOMANUS e VOECIO. Tambem nós, na secção X deste trabalho, em opposição ao DR. LACERDA DE ALMEIDA, expendemos a mesma doutrina.

(165) Doutrina essa de PELLAT, ACCARIAS, DEMANGEAT, DALLOZ, BONJEAN e outros.

(166) Doutrina iniciada por ALBRANDI e seguida por ASSUERO TARTUFARI, BUONAMICI, DE GIOANNIS E SCIALOJA.

(167) Systema modernamente adoptado por ODOARDO RUGGERI (1880) e preleccionado por FADDA (1880-81).

como no justiniano; incumbelhe, porém, a obrigação de restituir *ex-officio judicis* os fructos *exstantes* ao proprietario reivindicante da cousa frugifera (168).

Feita a classificação que ahi fica, e cuja reprodução nos pareceo oportuna, ao menos para o effeito de uma exposição synoptica dos principaes sistemas adoptados sobre a *fructuum perceptio* pelos mais notaveis romanistas, ANDREANI passa em resenha, uma a uma, todas essas doutrinas, faz sobre ellas um exame critico e as repelle ou acceita, baseado em argumentos dignos de ponderação.

Não podemos, evidentemente, acompanhá-lo nas suas sabias evoluções por esse vastissimo campo de batalha onde até a tantas e tão porfiadas contendidas em defeza da doutrina juridica que se lhe affigura a verdadeira. Se pretendessemos assim proceder, este trabalho teria que se alongar excessivamente e exceder as proporções razoaveis de um artigo de revista.

Vamos, por isso, limitar a nossa discussão com ANDREANI aos pontos em que a sua doutrina é antagonica com a que temos exposto nas paginas precedentes.

O primeiro ponto de divergencia entre nós tem por objecto a natureza dos fructos que o possuidor de boa fé faz seos — se todos os fructos, tanto os *industriales* como os *naturales*, ou se somente os primeiros.

Sobre esta questão opinamos (Secção VI)—que o possuidor de boa fé *sem justo titulo* faz seos tão somente os fructos *industriales*.

(168) E^a esta, atesta ANDREANI, a opinião dominante. Compartilham-n'a, com effeito, BAKE (1825), HUSCHKE (1827), ZIMMERN, HEIM ACH, VANGEROW, PUCHTA, SCHEURL, KELLER, MÜHLEBRUCH, GOSCHEN, BÖCKING, SCHILLING, SCHMID, ARNDTS, RUDOLF, LEVY (1869), WENING-INGENHEIM, FRITZ, DERNBURG, PAGENSTECHER (1858), HARTMANN, IHERING, PITTING (1869), MAYNZ, DOVERI, DE CRESCENZIO, ROSSI, etc.

Está visto, segundo doutrina antecedentemente estudada (Secção VII), que esta aquisição immediata dos fructos não isenta o possuidor de boa fé da *obrigação* de restituir os *exstantes*, quando o dono os reivindique juntamente com a cousa frugifera.

Pretende ANDREANI ser arbitraria a distincção, para a immediata percepção dos fructos pelo b. f. p., —em posse com ou sem justo titulo; e accrescenta que ella é contrariada expressamente pela L. 45 de POM-
PONIO, *Dig.*, Liv. XXII Tit. I.

Ambas essas objecções foram por nós antecipadas na secção VI desta dissertação. Na persuasão de ser concludente a refutação que alli se contem, não voltaremos ao assumpto.

Ainda outro ponto em que diverge a nossa da doutrina preconizada pelo eximio romanista italiano:

Concorda ANDREANI que o possuidor de boa fé adquire com a separação o dominio pleno de todos os fructos, mas que juntamente com esse *dominio* tem elle a *obrigação pessoal* de restituir, *ex-officio judicis*, ao proprietario reivindicante da cousa principal—os fructos *exstantes*.

Deste enunciado se manifesta que a pouco se reduz o nosso ponto de divergencia.

Nós pretendemos, com effeito, que a obrigação da restituição dos fructos na hypothese figurada—não é restricta á contingencia da concomitancia com a reivindicação da cousa frugifera. E todas as objecções suscitadas contra a nossa opinião foram já prevenidas e respondidas nas secções IX e X deste trabalho.

Sobre este ponto não adduz ANDREANI materia nova; limita-se a reproduzir com forma diversa e, na verdade com erudição e com talento, os mesmos argumentos já por nós combattidos.

Escusada, portanto, nova discussão.

Os demais pontos de direito que se prendem ao nosso thema são desenvolvidos *ex-professo* no importante trabalho, a que nos temos referido, do *Archivo Giuridico*, e geralmente, no mesmo sentido dos conceitos por nós adoptados.

XII

Eis-nos, finalmente, chegados á parte final do nosso estudo.

Não nos resta mais senão reproduzirmos aqui a summa das demonstrações, ou, mais exactamente, as conclusões do exame critico a que temos procedido.

A dialectica adversa, que lealmente expuzemos e, debattemos, não abalou, salvo illusão do nosso espirito, a doutrina por nós desenvolvida e propugnada.

Cuidamos, pois, em solução ás theses interrogativas do programma condensado na epigraphe desta dissertação, poder com animo seguro consignar aqui as seguintes proposições:

I

O possuidor de boa fé e *justo titulo* faz seus *todos* os fructos percebidos ou separados.

II

O possuidor de boa fé, *carecedor de justo titulo*, faz seus—tão somente os *fructos industriaes*.

III

O possuidor de boa fé e *justo titulo* faz seus *todos fructos, logo que separados* da cousa frugifera.

IV

O direito do possidor de boa fé sobre os fructos percebidos ou separados—é uma *propriedade plena*, posto que resolúvel.

V

Elle tem eventualmente *obrigação* de restituir os fructos *exstantes* ao dono da cousa frugifera.

VI

Esta obrigação se faz effectiva, *ex-officio judicis*, por occasião da reivindicação da cousa frugifera; ou por meio de acção especial.

VII

Não tem o possidor de boa fé obrigação de restituir os *fructos consumidos*, nem o valor delles.

VIII

Não é incompatível o *dominio pleno* do possidor sobre os fructos *exstantes* com a sua *obrigação eventual* de os entregar ao dono da cousa frugifera. O primeiro é um *jus in re*, a segunda um *vinculo pessoal*.

IX

O possidor de boa fé e justo titulo *póde usucapir* ou *quasi-usucapir* os fructos *exstantes*, para o fim da prescripção da obrigação eventual de os restituir ao dono da cousa frugifera.

X

Esta *usucapio* ou *quasi-usucapio* não é incompatível com a propriedade do possuidor de boa fé sobre os fructos *exstantes*.

Eis terminado o nosso modesto estudo, que submettemos á apreciação e á emenda dos doutos.

J. L. DE ALMEIDA NOGUEIRA.

P. S.

Se bem que dividido, segundo a conveniencia doutrinaria, em doze secções, este trabalho, que ora terminamos, compõe-se *chronologicamente* de duas partes apenas. Entre a primeira e a segunda mediarão trinta e tres annos.

Expliquemo-nos:

As sete primeiras secções que ahi figuram, escrevemol-as em 1872, quando ainda cursavamos as aulas da Faculdade de S. Paulo, ouvindo as sabias prelecções do nosso mestre dilecto e saudoso amigo Dr. Falcão Filho.

Revedo agora a dissertação do 4.º annista de Direito, nada encontrámos nella que nos parecesse doutrina falsa. Resolvemos, por isso, adaptal-a para esta *Revista*, completando-a e pondo-a em dia, com a addição das secções VIII a XII. Este complemento não destôa, assim nos parece, da orientação dominante no primitivo bosquejo academico.

Entretanto...que estranhas impressões traz-nos ao espirito o confronto entre uma producção dos nossos verdes annos e as linhas que agora acabamos de traçar!

Ao passo que somos levados (perdoem-nos a immodestia) a uma relativa admiração pelo estudante applicado, que com tanta intrepidez se embrenhava nas mais densas difficuldades do Direito Romano, por outro lado vexa-nos a avareza com que, posteriormente, tantos annos decorridos se negaram a augmentar o nosso escasso patrimonio scientifico.

S. Paulo.—Março de 1905.

ALMEIDA NOGUEIRA

