

Da Rei Vindicatio

Heloisa Prado Pereira

Advogada, mestre em Direito Civil pela
Universidade de Coimbra/Portugal e
professora de Direito Civil na AVEC/RO.

Abstract

The present article investigates the main action that defends the property, which is, the *Rei vindicatio*. For this, we will locate the Roman civil procedure and we will elucidate some subjects considered essentials to cover the way of the *rei vindicatio*.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho investiga a principal ação que defende a propriedade, qual seja, a *Rei vindicatio*. Para tanto, localizaremos o procedimento civil romano e faremos algumas considerações necessárias.

Teixeira de Freitas na Introdução à Consolidação das Leis Civis¹, trabalho preparatório à codificação civil brasileira, já advertia que a distinção entre direitos reais e direitos pessoais era fundamental para o sistema de Direito Civil, ou seja, a “chave de todas as relações civis”. Estas categorias, herdadas do direito romano e conservadas pelo direito romano germânico até nossos dias, correspondem à contraposição existente no direito romano primitivo entre *actio* e *vindicatio*² ou entre *actiones in rem* e *actiones in personam*, isto é, as formas diversas, porém equivalentes, de tutela judicial. Tais considerações serão explicitadas no Capítulo I.

O direito privado romano, sob a égide dos pretores, definia as condições em que o cidadão podia dispor de uma ação na defesa de seus interesses, ou o modo de compensar

¹ Vid. FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*, 5 ed. Rio de Janeiro: Livreiro Editor, vol I, 1915, 36.

² Conforme JUSTO, A. Santos. *Direito Privado Romano - Parte Geral*, 2 ed., in *Stvdia Ivridica* 50. Coimbra : Ed. Coimbra, 2003, 239, nota (1183): “*Vindicatio* (de *vim dicere*) foi um expediente que, de modo autoritário e violento, protegia os direitos de domínio do *paterfamilias* sobre pessoas e coisas sujeitas à sua *potestas*. Depois, com a intervenção das *civitas*, a violência reduziu-se a simples palavras (*vindicatio* e *contravindicatio* da mesma *res*). *Actio* é a atividade judicial dirigida à obtenção do cumprimento duma *obligatio*: ao apoderamento do vinculado (*manus iniectio*). Quando a *actio* adquiriu um sentido geral e absorveu a *vindicatio*, foi necessário distinguir a *actio in rem* (antiga *vindicatio*) e *actio in personam* (antiga *actio*)”.

uma ofensa sofrida. Esta hegemonia da formação processual é fruto de uma longa tradição social que remonta às XII Tábuas.

Portanto, serão elucidadas sucintamente algumas passagens consideradas fundamentais para percorrer o caminho da *rei vindicatio*.

CAPÍTULO I – DA ACTIO

1.1- Noção

A *actio* é o meio que está à disposição do titular de um direito subjetivo para conseguir a efetivação do mesmo. Este conceito tem a sua origem no direito processual civil.

Nos dias de hoje, a *actio* (em sentido formal) é o primeiro ato que marca o estopim do processo³. Do ponto de vista material, “é o instrumento jurídico que permite a uma pessoa obter a tutela dum direito subjetivo previamente reconhecido pelo ordenamento jurídico ou duma situação de facto que o magistrado prometeu proteger no seu *edictum*”⁴.

Os jurisconsultos romanos conheceram diversas *actiones*, e não apenas a *actio*, apresentando a seguinte definição: “A ação não é mais do que o direito de perseguir judicialmente o que é devido a alguém (demandante)”⁵.

1.2- *Actio in rem* e *actio in personam*⁶

A distinção entre *actio in rem* e *actio in personam*⁷ deriva da mais antiga entre *vindicatio* e *actio*⁸.

³ Vid. Santos JUSTO, op. cit., 236; D’ORS, Álvaro. *Derecho Privado Romano*. Pamplona: Ed. Universidad de Navarra, S.A., 1968, 72-73.

⁴ Nesse sentido, Santos JUSTO, op.cit., 237.

⁵ Cfr. D. 44, 7, 51. Segundo CHAMOUN, Ebert. *Instituições de Direito Romano*, 6 ed. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977, 112: “O direito clássico não chegou a formular um conceito geral de *actio*. A definição *nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeat, iudicio persequendi* não se furta às suspeitas de interpolação e, assim mesmo, cinge-se a um certo tipo de ações que se denominam pessoais. Apenas no direito pós-clássico é que a ação é o meio geral de proteção jurídica, valendo para qualquer direito reconhecido pelo direito objetivo”.

⁶ Cfr. G. 4, 1-5.

⁷ Vid. GROSSO, Giuseppe. *I Problemi Dei Diritti Reali Nell’ Impostazione Romana*. Torino: Ed. G. Giappichelli 1944, 63.

Actiones in rem são as ações com as quais se protegem direitos absolutos⁹, podendo ser instauradas contra qualquer pessoa que o lese¹⁰, em que o autor afirma o seu direito sobre a coisa. São ações *in rem a rei vindicatio*, a *actio negatoria*, a petição de herança, a reivindicação da *potestas paterna* marital ou tutelar e a proclamação do estado de liberdade¹¹.

Actiones in personam protegem os direitos relativos¹², isto é, relações jurídicas com pessoas determinadas que são as únicas que podem violar os direitos resultantes. Essas *actiones* permitem demandar somente quem se obrigou, por contrato ou delito, a *dare*, *facere* ou *praestare*¹³.

Na época clássica, tal classificação era feita de forma clara, no que diz respeito às *actiones civiles*¹⁴; porém foi se tornando obscura nas épocas pós-clássica e justinianeia, principalmente pelo fato de muitas figuras jurídicas, que eram direitos pessoais, transformaram-se em direitos reais¹⁵.

CAPÍTULO II – Breves considerações do procedimento civil romano

O estudo do Direito Privado Romano necessita, para sua maior compreensão, da análise do Direito Processual Civil, isto explica-se pela estreita relação que existe em Roma

⁸ Vid. supra (nota 2); D'ORS, Alvaro. *Las Declaraciones Juridicas en Derecho Romano*, em AHDE 34. Madrid: 1964, 567.

⁹ Segundo KASER, Max. *Direito Privado Romano*, tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, 55: “um direito absoluto é, por exemplo, a propriedade: o proprietário tem o direito imediato de atuar sobre a sua coisa, e não apenas de exigir de outrem que lhe conceda este domínio material; e pode fazer valer a sua propriedade contra todo aquele que detiver a coisa ou de alguma maneira o prejudicar na sua posse ou fruição. De harmonia com isto, cabe ao proprietário a ação para proteger a propriedade, a *rei vindicatio*, que é uma *actio in rem* contra quem detiver a coisa e assim impedir o exercício do seu direito de domínio (senhorial)”.

¹⁰ Vid. Santos JUSTO, op. cit., 239.

¹¹ Vid. Ebert CHAMOUN, op.cit., 112.

¹² Conforme Max KASER, op. cit., 56: “direitos relativos dirigem-se apenas contra uma determinada pessoa. Em Roma, o âmbito das pretensões (que são direitos relativos) coincide com o dos direitos de crédito, que outorgam ao credor contra o devedor um direito às mais variadas prestações. Para efetivar estas pretensões servem as *actiones in personam*, que sempre se dirigem apenas contra a pessoa obrigada”.

¹³ Cfr. G. 4, 2; I. 4, 6, 1.

¹⁴ Cfr. G. 4, 3.

¹⁵ Nesse sentido, Santos JUSTO, op. cit., 241. Convém ressaltar, que a distinção que hoje fazemos com base nos conceitos de direito real e de direito pessoal, os romanos a faziam no plano processual, com a dicotomia *actio in rem*–*actio in personam* (ação real - ação pessoal).

entre o direito privado e o processo que serve para a sua realização. Os romanos não separaram sistematicamente o Direito Privado do Direito Processual¹⁶.

No desenvolvimento do direito romano sucedem-se três sistemas de processo: o das *legis actiones*, o *formular* e o da *extraordinaria cognitio*. Nos primeiros dois sistemas, o processo apresenta-se dentro do período dos *iudicia privata*, ou seja, se desenvolve nas épocas arcaica e clássica, sendo denominado de *ordo iudiciorum privatorum*. Já o sistema da *cognitio extra ordinem*, da época pós-clássica, tornar-se-á o único sistema processual¹⁷.

O *ordo iudiciorum privatorum* desenrolava-se em duas fases: a primeira, dita *in iure*, perante o magistrado, na qual eram fixados os elementos da controvérsia; a segunda, denominada *apud iudicem*, perante o juiz que era geralmente um particular escolhido de comum acordo pelas partes e que, de acordo com as provas apresentadas, proferia sentença.

2.1- O *ordo iudiciorum privatorum*

2.1.1- O processo das *legis actiones*

As *legis actiones* constituem o mais antigo processo civil romano¹⁸. Era apenas utilizado por *cives romani* em Roma ou no raio de uma milha da cidade, protegendo os direitos reconhecidos pelo *ius civile*. Era constituído por declarações solenes (formais e orais), prescritas pela lei das XII Tábuas, “que as partes faziam perante o magistrado, expondo-lhe o objeto da controvérsia, sem mencionar os fatos que a provocaram”. O magistrado tentava conciliá-las e, sendo infrutífera, remetia ao juiz (*iudex* privado), que emitia a sua opinião¹⁹.

As *legis actiones* são cinco²⁰: *sacramento*²¹, *per iudicio postulationem*, *per conditionem*, *per manus iniunctionem*, *per pignoris capionem*. As três primeiras são relativas ao processo ordinário, as outras duas pertencem ao processo executivo.

¹⁶ Vid. Max KASER, op. cit., 427.

¹⁷ Vid. Santos JUSTO, op. cit., 265-266.

¹⁸ Vid. Ebert CHAMOUN, op. cit., 122; Santos JUSTO, op.cit., 266; CORREIA, Alexandre e SCIASCIA, Gaetano. *Manual de Direito Romano*, 2 ed. São Paulo: Ed. Saraiva, vol I, 1953, 94.

¹⁹ Vid. Ebert CHAMOUN, op. cit., 122.

²⁰ Cfr. G. 4, 11. Vid. Alexandre CORREIA, op.cit., 94; ODERIGO, Mario N. *Sinopses de Derecho Romano*, 6 ed. Buenos Aires: Ed. Depalma, 1982, 136; SOHM, Rodolfo. *Instituciones de Derecho Privado Romano*, 7 ed (Historia y Sistema), tradução de W. Roces. Madrid: Biblioteca de La Revista de Derecho Privado, 1928, 599.

2.1.2- O processo do *agere per formulas*²²

O formalismo e a excessiva rigidez do sistema processual das ações da lei foram cruciais para o seu declínio, pois um pequeno erro na observância das solenidades era suficiente para que se perdesse a lide²³. No entanto, Roma estava passando por um desenvolvimento, e os romanos relacionavam-se com outros povos, enfraquecendo assim o processo das *legis actiones*, que não mais se adequava às novas exigências.

Em conformidade com isso, na metade do século II a.C., a *lex Aebutia*²⁴ introduziu uma nova forma de processo, mais simples e menos formalista, qual seja, o Processo Formular. Nos tempos de Augusto o processo formular tornou-se obrigatório em virtude da *lex Iulia iudiciorum privatorum*²⁵.

As partes não mais pronunciavam palavras solenes, pois apenas expunham os fatos ao pretor, e se esse entendesse conveniente, encaminhava o caso ao juiz com uma fórmula escrita, enumerando os elementos do processo e o juiz conforme sua convicção, condenava ou absolvía o demandado²⁶.

Portanto, sanavam-se assim os inconvenientes do antigo formalismo. Por outro lado, acentuava-se a intervenção do Estado no processo, pois era o pretor que impunha a fórmula²⁷ ao juiz (fixadas no seu *edictum*) dando as ordens necessárias para o julgamento²⁸.

2.2- A *cognitio extra ordinem*²⁹

²¹ Esta ação é caracterizada por Gaius 4, 13, como geral, no sentido de que se usava sempre que a lei não houvesse indicado uma outra. Por essa razão, era abstrata, pois não havia necessidade de indicar o motivo do litígio. Podia ser *in rem* ou *in personam*. Convém ressaltar que o procedimento da *legis actio sacramento in rem* será examinado no próximo capítulo – Da *Rei vindicatio*, sendo este processo contencioso dos romanos, extremamente importante, pois serve para introduzir a *vindicatio*, ou seja, o processo em que ambas as partes litigam pelo domínio de uma pessoa ou coisa. Nesse sentido, vid. Max KASER, op. cit., 435.

²² Processo centenário ordinário do período pré-clássico e clássico. Vid. Max KASER, *idem*, 439.

²³ Cfr. G. 4, 30.

²⁴ “La *Lex Aebutia* primeiro, y más tarde las *leges Juliae iudicariae*, aniquilaron las bases de tan artificiosa como fria construcción, organizando un nuevo procedimiento; el procedimiento formulario”. Refere, Mario N. ODERIGO, op. cit., 138.

²⁵ Vid. Alexandre CORREIA, op. cit., 97; Santos JUSTO, op. cit., 267.

²⁶ Vid. Ebert CHAMOUN, op. cit., 123; Rodolfo SOHM, op. cit., 611; Santos JUSTO, op. cit., 311.

²⁷ As partes principais da fórmula eram: *intentio*, *demonstratio* (eventual) e *condemnatio*, sendo que esta última podia implicar uma *adiudicatio*. Partes acessórias eram a *praescriptio*, *exceptio*, *uplicatio* e *triplicatio*. Para estas considerações, ver G. 4, 39 a 44.

²⁸ Nesse sentido, Ebert CHAMOUN, op. cit., 123; Santos JUSTO, op. cit., 312.

Era de natureza pública e consistia numa prerrogativa do Estado, que intervinha diretamente para dirimir o conflito entre os particulares, declarando e aplicando o direito através de órgãos próprios³⁰.

No começo do Principado tornava-se frequente julgar *extra ordinem* certas questões. O Imperador dotava os juizes cognitórios com amplo poder discricionário, que lhes permitiam adaptar o processo a exigências de oportunidade³¹; substituindo assim, o processo das fórmulas (*agere per formulas*)³². Caracterizava-se principalmente pela ausência das duas fases *in iure* e *apud iudicem* e por se desenvolver em todos os seus momentos diante de um funcionário público.

Do ponto de vista histórico, o processo extraordinário constitui a primeira forma do processo moderno.

Enfocaremos agora, o cerne deste trabalho – “*rei vindicatio*”, que por ser uma Ação, justifica, embora sucintamente, nossa abordagem sobre o processo civil romano.

CAPÍTULO III – PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE (*REI VINDICATIO*)

3.1- Noção

Segundo Bonfante: “É a principal ação que defende a propriedade (*rei vindicatio* ou *vindicatio* por antonomásia). O proprietário pede o reconhecimento do seu direito perante o possuidor ilegítimo e, conseqüentemente, a restituição da coisa”³³.

A *rei vindicatio* serve, desde a Antiguidade, para proteger a propriedade quiritária³⁴. É a rainha da defesa da propriedade. “É a ação de propriedade por excelência, sendo utilizada para reclamar a entrega da coisa, quando esta se encontra na posse de um terceiro

²⁹ O processo cognitório (que sobrevive no período pós-clássico) desenvolve-se desde Augusto como um processo imperial, que o príncipe introduz no âmbito da sua autonomia. Nesse sentido, Max KASER, op. cit., 465.

³⁰ Vid. Ebert CHAMOUM, op. cit., 121.

³¹ Vid. Max KASER, op. cit., 466.

³² Vid. Santos JUSTO, op. cit., 268.

³³ Nesse sentido, BONFANTE, Pietro. *Corso di Diritto Romano II* (La Proprieta), sezione II. Roma: Attilio Sampaolesi, 1928, 293. Vid. também, JUSTO, Santos. *Direito Privado Romano III* (Direito Reais) in *Stvdia Iyridica* 26. Coimbra: Ed. Coimbra, 1997, 109; Vid. Alvaro D’ORS, op. cit., 150.

³⁴ Vid. Max KASER, op. cit., 161.

sem nenhum título: *ubi rem meam invenio, ibi vindico*³⁵ (“onde encontro o que é meu, aí o reivindico”).

3.2- *Rei vindicatio* na época arcaica

A história arcaica é um tanto quanto obscura. Acredita-se que a reivindicação da propriedade esteve ligada à perseguição do furto. A mais nítida imagem desta figura de defesa da propriedade desenvolveu-se com a *legis actio sacramento in rem*³⁶, atribuída à época das XII Tábuas. A principal característica desta ação é que ambas as partes afirmam ser proprietárias³⁷, conduzindo à mera verificação de quem o é na realidade³⁸⁻³⁹.

Nesta época primitiva o processo desenrolava-se⁴⁰ perante o magistrado, pressupondo a presença de ambas as partes e do objeto do litígio; o autor executava no objeto do litígio (ou no seu símbolo) o *vindicare*⁴¹ formal: apresentava o objeto do litígio, tocava nele com uma varinha (*festuca, vindicta*) e pronunciava a seguinte afirmação ritual da propriedade: *hunc ego hominem* (um escravo, por exemplo) *ex iure Quiritium meum esse aio, secundum suam causam, secut dixi, ecce tibi, vindictam inposui*. O demandado que queira defender a coisa (*rem defendere*), tinha de responder a esta *vindicatio* do autor com a *contravindicatio*⁴² cumprindo o mesmo ritual com a mesma fórmula. O magistrado proibia a utilização da força privada com a ordem de paz: *mittite ambo hominem* (deixai ambos os escravos)⁴³. Seguia a constituição do sacramento⁴⁴.

³⁵ Vid. Rodolfo SOHM, op. cit., 281.

³⁶ Vid. BONFANTE, op. cit., 293; Santos JUSTO. *Direito Privado Romano III*, 109; ARANGIO – RUIZ, Vicenzo. *Instituciones de Derecho Romano*, tradução espanhola de José M. Caramés Ferro. Buenos Aires: Ed. Depalma, 1986, 240.

³⁷ “Na *legis actio sacramento in rem* ambas as partes afirmam ser proprietárias, tendo o juiz de decidir qual delas é proprietária, por em confronto com a contraparte, lhe assistir o melhor direito sobre a coisa; mas não pode recusar a ação por nenhum deles ser proprietário”. Vid. Max KASER, op. cit., 138.

³⁸ Vid. Max KASER, *idem*, 161.

³⁹ Nas *legis actiones per sacramentum* os dois litigantes deviam provar sua propriedade civil; se não conseguisse, perdiam em favor do Estado as apostas que haviam feito. Isto indica a importância que tinha a presença da coisa perante o magistrado no momento solene das *vindicaciones*. Nesse sentido, Alvaro D’ORS, op. cit., 151.

⁴⁰ Cfr. G. 4, 16 s.

⁴¹ Vid. Alvaro D’ORS, AHDE, 568.

⁴² Vid. BONFANTE, op. cit., 294; SOHM, op. cit., 284; Santos JUSTO, *Direito Privado Romano III*, 109.

⁴³ Vid. BONFANTE, op.cit., 294.

⁴⁴ “Feita a aposta (*sacramentum*), cumprida a *litis contestatio* e atribuída a *possessio* interina, nomeava-se o *iudex* que, depois da produção das provas, proferia uma sentença que não continha nenhuma condenação: limitava-se a declarar qual das apostas era justa (*sacramentum iustum*) e injusta (*sacramentum iniustum*) e,

Em Roma, o possuidor ainda não respondia pessoalmente perante o proprietário pela restituição da coisa⁴⁵, sendo necessário um regime especial para assegurar à parte vencedora a recuperação da coisa que ainda não recebera. No decorrer do processo, a coisa não ficava necessariamente em poder do demandado; o magistrado atribuía a sua posse provisória a uma das partes. Esta tinha que apresentar à contraparte fiadores (*praedes litis et vindiciarum*), que garantiam a entrega da coisa à parte vencedora se a sentença declarativa da propriedade fosse a favor da parte que não detinha posse. Estes fiadores respondiam pela própria coisa perante o vencedor, com o dobro do montante dos frutos indevidamente percebidos (*fructus duplio*)⁴⁶.

Nessa época, não se sabe como realizava a execução, no entanto, Bonfante exclui a influência da autoridade pública⁴⁷.

3.3- *Rei vindicatio* na época clássica e justinianeia

No direito clássico, a *rei vindicatio* é a ação do proprietário quiritário não possuidor contra o possuidor não-proprietário, ou seja, é a ação daquele que tem domínio mas não tem posse, contra aquele que tem a posse mas não tem domínio. Possuía dupla finalidade: 1) determinar a propriedade do autor e, 2) proporcionar-lhe a entrega da coisa ou, se necessário, a condenação do demandado numa determinada quantia em dinheiro⁴⁸.

Nesta fase, proprietário-demandante precisava provar o seu domínio, sendo tal prova dificultada pela necessidade de provar o domínio dos seus causantes. Na história romana, atenuou-se com o tempo, o rigor desta prova de domínio⁴⁹, de acordo com a liberdade de apreciação da prova pelo juiz⁵⁰.

em consequência, a quem pertencia o *dominium* da *res*. Vid. Santos JUSTO, *Direito Privado Romano III*, 109-110.

⁴⁵ Porém, segundo BONFANTE, op. cit., 295 e Santos JUSTO, *Direito Privado Romano III*, 110: “Há quem admita que a *res* era recuperada à força pelo *dominus*, no caso de o vencido a não restituir espontaneamente (...)”.

⁴⁶ Vid. Max KASER, op. cit., 162.

⁴⁷ Vid. BONFANTE, op. cit., 295.

⁴⁸ Vid. Max KASER, op. cit., 161.

⁴⁹ Segundo Alvaro D’ORS, op. cit., 150: “Na Idade Média dizem essa prova do reivindicante é uma *probatio diabólica*. Vid., também, BONFANTE, op. cit., 303-304.

⁵⁰ Max KASER, op. cit., 162.

Na época clássica só o possuidor podia ser demandado, ou seja, tinha que ter a *possessio* com o *animus domini*, não podendo assim, acionar o mero detentor, pois este apenas tinha *possessio naturalis*⁵¹. “Mais tarde, a legitimidade passiva estendeu-se ao detentor que não detivesse a *res* em nome do autor (como arrendatário, depositário, etc.), mas uma *constitutio* de Constantino obrigava-o a declarar em nome de quem possuía”⁵².

Na época Justinianeia, a legitimidade passiva⁵³ se estende também a determinados não-possuidores, os *ficti possessores*⁵⁴, em especial a quem possuísse antes da *litis contestatio* e abandonasse a posse de forma dolosa (*dolo malo desiit possidere*), bem como àquele que nunca possuiu, mas que toma parte na ação como se possuísse (*liti se optulit quasi possideret*), v.g., para facilitar ao verdadeiro possuidor a aquisição da propriedade por usucapião⁵⁵.

No entanto, se o demandado não comparecesse em juízo, o pretor proporcionava ao autor as seguintes vias: se fossem coisas móveis, a *actio ad exhibendum*; se imóvel, com o *interdictum quem fundum*, sem o juiz examinar a propriedade do autor⁵⁶.

Vejamos essas duas vias:

A *actio ad exhibendum*⁵⁷ exige de quem tiver o objeto em seu poder, a sua exibição perante o pretor. Se o demandado não comparecesse em juízo na *actio in rem*, o pretor ordenava a entrega da coisa ao autor (*duci vel ferri iubere*)⁵⁸. Porém, nesse caso o autor só recebia a posse; a questão da propriedade permanece em aberto⁵⁹.

O *interdictum quem fundum*⁶⁰ (restitutório) ordena ao demandado a restituição ao autor⁶¹.

3.3.1- A execução do processo vindicatório

⁵¹ Vid. BONFANTE, op. cit., 298; Santos JUSTO, *Direito Privado Romano III*, 111.

⁵² Vid. Santos JUSTO, op.cit., 111.

⁵³ Sobre legitimidade passiva, vid. MARRONE, Matteo. *Contributi in tema di legittimazione passiva alla' rei vindicatio*, em Studi Scherillo I (Istituto Editoriale Cisalpino – La Goliardica). Milano: 1972, 341 e ss. .

⁵⁴ Vid. Alvaro D'ORS, op. cit., 152.

⁵⁵ Cfr. D. 6, 1, 27, 3; Max KASER, op. cit., 163.

⁵⁶ Vid. Alvaro, D'ORS, op. cit., 152. Para confusão da *ad exhibendum* e reivindicatória, vid. D. 16, 3, 1, 32.

⁵⁷ Cfr. D. 10, 4, 1 ss..

⁵⁸ Cfr. D. 2, 3, 1, 1.

⁵⁹ Max KASER, op.cit., 164.

⁶⁰ Vid. BONFANTE, op.cit., 299.

⁶¹ Vid. Max KASER, op.cit., 164.

Na época clássica, a execução do processo vindicatório podia seguir entre os processos *per sponsionem* e *per formulam petitoriam*.

No processo com *sponsio praeiudicialis*, o autor aceita que o demandado, embora formalmente, lhe prometa uma quantia em dinheiro, na situação da coisa lhe pertencer. Na sentença havia, implicitamente, a decisão sobre a propriedade do autor, quando esse valor era reclamado. Convém destacar que a sentença apenas decide sobre a propriedade, sendo assim, necessário era providenciar que o demandado entregasse a coisa ao autor, caso saísse vencido. Diante disso, o demandado tinha de prometer na *cautio pro praedes litis et vindiciarum* que, se for vencido, restituía a coisa ao autor⁶². Ou seja, prometia uma *stipulatio* acompanhada de garantia; restituir a *res* e os frutos percebidos⁶³.

Já no processo *per formulam petitoriam*⁶⁴, os dois objetivos, quais sejam, conseguir uma decisão sobre a propriedade do autor e restituir a coisa ao autor vitorioso, eram reunidos. Sendo certo que no processo formulário clássico a condenação na prestação é sempre expressa numa determinada “quantia em dinheiro”, mas como o autor estará interessado em receber a própria coisa, a *rei vindicatio* com **fórmula petítória** é estruturada com o *actio arbitraria*, e o juiz, que analisou a propriedade do autor, através de uma decisão declarativa provisória (*pronuntiatio*), ordenará que o demandado restitua *in natura* ao autor. Obedecendo tal ordem, o demandado será absolvido da sentença final. Descumprindo, será condenado em dinheiro e, em caso de dolo seu, no montante fixado pelo autor sob juramento (*iusiurandum in litem*)^{65- 66}. Esta quantia jurada era geralmente superior à que resultaria da avaliação pelo juiz.

Convém destacar que no processo extraordinário, o juiz condena o réu a restituir a coisa, executando-se a sentença, se preciso, mediante o emprego da força (*manu militari*)⁶⁷.

⁶² Cfr. G. 4, 91-95. Vid. Max KASER, op. cit., 164; Alvaro D’ORS, op. cit., 151.

⁶³ Cfr. G. 4, 13. Vid. Santos JUSTO, *Direito Privado Romano III*, 110; BONFANTE, op. cit., 296; Alvaro D’ORS, op. cit., 151.

⁶⁴ Conforme Santos JUSTO *Direito Privado Romano III*, 110: “impôs-se como sistema tipicamente clássico”.

⁶⁵ Vid. Max KASER, op. cit., 165.

⁶⁶ Ademais, “a condenação era pecuniária, mas uma cláusula arbitrária (*neque....restituatur*) permitia ao demandado vencido restituir conforme o arbítrio do juiz e, assim evitar a condenação pecuniária no valor fixado pelo demandante em *iusiurandum in litem*”, nesse sentido, Alvaro D’ORS, op. cit., 152; Santos JUSTO, *Privado III*, 111.

⁶⁷ Vid. Vincenzo ARANGIO – RUIZ, op. cit., 241-242; ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano I*, 13 ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002, 317.

3.3.2- Efeitos

“A *res* objeto da *rei vindicatio* devia ser individualmente determinada. Se fosse composta, seria reivindicada na sua unidade e não cada um de seus elementos. E também as *res* acessórias unidas à *res* principal não podiam ser reivindicadas separadamente”⁶⁸.

A restituição devia ser segundo o arbítrio do juiz. A *res* era restituída com todos seus acessórios e produtos (*cum sua causa*), assim o vencedor deveria indenizar os gastos realizados (*impensae*) pelo possuidor vencido⁶⁹.

No entanto, se a coisa fosse **danificada** ou **destruída** antes da *litis contestatio*, segundo o direito antigo esses danos não são tomados em consideração no quadro da *rei vindicatio*, ou seja, o lesado intentava a ação com base na *lex Aquilia*. Já no direito posterior, o possuidor de boa fé não respondia pelos danos causados mesmo culposamente à *res*⁷⁰. O *malae fidei possessor* responde por dolo ou culpa no quadro da *rei vindicatio*⁷¹. Quanto “a perda da posse, extingua a *rei vindicatio* contra o possuidor quer de boa quer de má fé. No direito justineanu respondia o que dolosamente tivesse deixado de possuir (*dolo desiit possidere*)”⁷².

Após a *litis contestatio*, o demandado (de boa ou má fé) responde por *dolus* e *culpa* pelos danos e pela perda da posse. Às vezes, o possuidor de má-fé respondia, também, por caso fortuito⁷³.

Quanto a **restituição dos frutos** notamos algumas diferenças entre o direito clássico e justineanu, sendo importante observar também, o momento da *litis contestatio*.

Verificamos que antes da *litis contestatio*, na época clássica, o possuidor de boa fé não tinha que restituir os frutos percebidos não consumidos. Já na fase Justinianeia havia a obrigação de restituir os frutos percebidos e não consumidos (*extantes*), só não havia necessidade de restituir os frutos já consumidos⁷⁴. O possuidor de má fé responde por todos

⁶⁸ Nesse sentido, Santos JUSTO *Direito Privado Romano III*, 112.

⁶⁹ Vid. Alvaro D’ORS, op. cit., 153.

⁷⁰ Cfr. D. 5, 3, 25, 11; -5, 3, 31, 3.

⁷¹ Cfr. D. 5, 3, 31, 3; -5, 3, 25, 2; -6, 1, 45; C. 3, 32, 5.

⁷² Vid. Santos JUSTO, op. cit., 113.

⁷³ Cfr. D. 6, 1, 15, 3. Vid. BONFANTE, op. cit., 304-305.

⁷⁴ Cfr. I. 2, 1, 35; -4, 17, 2.

os frutos que percebeu ou deixou de perceber por sua culpa. Havia, portanto, uma diferença processual entre o direito clássico e justineanu⁷⁵.

Depois da *litis contestatio*, tanto no direito clássico quanto justineanu, o possuidor de boa e má fé era obrigado a restituir os *fructus extantes* e a indenizar o proprietário pelos *fructus consumpti*. Sobre o possuidor de má fé recaiu uma diligência, pois era responsável pelos frutos que não teve a obrigação de colher (*fructus percipiende*)⁷⁶.

No que diz respeito às **despesas**⁷⁷, podemos distinguí-las em:

- 1) Necessárias: para manutenção e conservação da coisa⁷⁸. O possuidor de boa fé, enquanto não fosse ressarcido, possuía, segundo o direito clássico, um direito de retenção, que podia ser exercido através da *exceptio doli*⁷⁹;
- 2) Úteis: aumentam o valor pecuniário da res. “A indenização não devia ultrapassar o menor valor: a despesa ou melhoramento da res. O possuidor de boa fé gozava do *ius retentionis* e da *exceptio doli*, no entanto, podia retirar as coisas acrescentadas (*ius tollendi*) se materialmente fosse possível⁸⁰;
- 3) Voluptuárias: são aquelas que embelezam a coisa, sem aumentar o seu valor. O demandante não deve pagar tais despesas ao réu, restando ao possuidor de boa fé o direito de retirar, sem prejuízo da coisa reivindicada⁸¹.

Convém salientar que Justiniano confere também o direito de retenção ao *malae fidei possessor* para impedir o enriquecimento do autor⁸², concedendo a qualquer possuidor (de boa ou má fé) o direito a ser indenizado pelas despesas necessárias e úteis e atribui o direito de separarem e levarem em relação as despesas voluptuárias⁸³, desde que esse tirar não cause dano a res.

⁷⁵ Vid. BONFANTE, op. cit., 306; Santos JUSTO, *Direito Privado Romano III*, 114: “no direito clássico, os *fructus extantes* eram exigidos numa *rei vindicatio* especial e, para ressarcir os *fructus consumpti* era demandado numa *condictio*. O direito Justineanu acolheu uma *constitutio* dos imperadores Valentiniano e Valente que permitiram ao demandante obter, *officio iudicis* na *rei vindicatio* das res frutífera, todos os frutos percebidos pelo demandado (possuidor de má fé) ”.

⁷⁶ Vid. Santos JUSTO, op.cit., 114; BONFANTE, op.cit., 306.

⁷⁷ O possuidor de *bonas fides* podia exigir a reparação dessas despesas feitas na res.

⁷⁸ Cfr. D. 50, 16, 79 pr..

⁷⁹ Vid. Max KASER, op. cit., 165.

⁸⁰ Nesse sentido Santos JUSTO, *Direito Privado Romano III*, 115. Vid. Também, Vincenzo ARANGIO – RUIZ, op. cit., 242-243.

⁸¹ Vid. Santos JUSTO, op.cit, 115; Vincenzo ARANGIO – RUIZ, op.cit., 242-243.

⁸² Cfr. D. 5, 3, 38 itp.

⁸³ Vid. Santos JUSTO, *Direito Privado Romano III*, 115; BONFANTE, op. cit., 305-308.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Resulta daí que a *rei vindicatio* é a mais típica das ações reais. É o meio por excelência de proteção da propriedade. Dentro desta ação real, o proprietário segue a coisa onde quer que esteja, reclamando-a de qualquer possuidor, ou de qualquer pessoa, que não queira deixar livre o exercício do direito dominial. Vimos que através dela, o proprietário exercita o direito de sequela, indo buscar o que lhe pertence onde quer que se encontre⁸⁴.

O Código Civil português (art.1311º) e o Código Civil brasileiro (art.1228) consideram que dentre as várias ações que tutelam o direito de propriedade a de reivindicação é a mais vigorosa e importante.

Eis aí, uma breve exposição de alguns aspectos em torno da *rei vindicatio*, na qual notamos com clareza que se trata de um tema fascinante.

BIBLIOGRAFIA

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano I*, 13 ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002.

ARANGIO – RUIZ, Vincenzo. *Instituciones de Derecho Romano*, tradução espanhola de José M. Caramés Ferro. Buenos Aires: Ed. Depalma, 1986.

BONFANTE, Pietro. *Corso di Diritto Romano II (La Proprieta)*, sezione II. Roma: Attilio Sampaolesi, 1928.

CHAMOUN, Ebert. *Instituições de Direito Romano*, 6 ed. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977.

CORREIA, Alexandre e SCIASCIA, Gaetano. *Manual de Direito Romano*, 2 ed. São Paulo: Ed. Saraiva, vol I, 1953.

D'ORS, Álvaro. *Derecho Privado Romano*. Pamplona: Ed. Universidad de Navarra, S.A., 1968.

D'ORS, Alvaro. *Las Declaraciones Juridicas en Derecho Romano*, em AHDE 34. Madrid: 1964.

⁸⁴ Vid. MONTEIRO, Washington de Barros. *Da Ação de Reivindicação*, em R.F.D.USP, LX (Universidade de São Paulo). São Paulo: 1965, 150.

FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*, 5 ed. Rio de Janeiro: Livreiro Editor, vol I, 1915.

GROSSO, Giuseppe. *I Problemi Dei Diritti Reali Nell' Impostazione Romana*. Torino: Ed. G. Giappichelli 1944.

JUSTO, A. Santos. *Direito Privado Romano - Parte Geral*, 2 ed., in *Stvdia Ivridica* 50. Coimbra: Ed. Coimbra, 2003.

JUSTO, Santos. *Direito Privado Romano III (Direito Reais)* in *Stvdia Ivridica* 26. Coimbra: Ed. Coimbra, 1997.

KASER, Max. *Direito Privado Romano*, tradução de Samuel Rodrigues e Fedinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

MARRONE, Matteo. *Contributi in tema di legittimazione passiva alla' rei vindicatio*, em Studi Scherillo I (Istituto Editoriale Cisalpino – La Goliardica). Milano: 1972.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Da Ação de Reivindicação*, em R.F.D.USP, LX (Universidade de São Paulo). São Paulo: 1965.

ODERIGO, Mario N. *Sinopses de Derecho Romano*, 6 ed. Buenos Aires: Ed. Depalma, 1982.

SOHM, Rodolfo. *Instituciones de Derecho Privado Romano*, 7 ed (Historia y Sistema), tradução de W. Roces. Madrid: Biblioteca de La Revista de Derecho Privado, 1928.

TONDO, Salvatore. “*Vindicatio*” *Primitiva e grammatica*, em *Labeo* 16. Napoli: 1970.

ABREVIATURAS

1. Fontes Jurídicas:

C. – *Codex Iustinianus* (GARCÍA DEL CORRAL, D. Ildefonso L. *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. Barcelona: Editorial Lex Nova, 1889.

D. – *Digesto* (GARCÍA DEL CORRAL, D. Ildefonso L. *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. Barcelona:Editorial Lex Nova, 1889.

G. – *Gai Institutionum Commentarii Quattor* (BALZARINI, Marco. *Le Istituzioni di Gaio*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2000.

I. – *Instituições* (GARCÍA DEL CORRAL, D. Ildefonso L. *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. Barcelona: Editorial Lex Nova, 1889.

itp. – interpolado.

2. Revistas. Outras abreviaturas:

AHDE – Anuario de Historia del Derecho Español (Madrid, 1964).

BFDUC – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Labeo – Labeo. Rassegna di Diritto Romano (Napoli, 1970).

R.F.D. USP – Revista da Faculdade de Direito de São Paulo (São Paulo, 1965).

Studi Scherillo – Studi in Onore di Gaetano Scherillo I (Milano, 1972).

Stvdia Ivridica – Stvdia Ivridica – Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra.